This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

SLA
News

13
1833-53

Neues Archiv
des
Criminalrechts

Herausgegeben

von

den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

J. M. F. Birnbaum
gegenwärtig in Bonn,

A. G. Heffter
in Halle,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

C. G. Wächter
in Tübingen.

Dreizehnter Band.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn
1833.

THE NEW YORK
PUBLIC LIBRARY
398237
ASTOR, LENOX AND
TILDEN FOUNDATIONS.
R 1907 L

Neues Archiv
des
Criminalrechts

herausgegeben

von

dem Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

J. M. F. Birnbaum
gegenwärtig in Bonn,

A. G. Heffter
in Halle,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

C. G. Wächter
in Tübingen.

Dreizehnten Bandes erstes Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn
1832.

THE NEW YORK
PUBLIC LIBRARY
39[illegible]
ASTOR, LENOX AND
TILDEN FOUNDATIONS.
R 1907 L

Inhalt.

I. Revision der Lehre von dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit (crimen vis). Von Wächter S. 1

II. Ueber Verbrechen und Disciplinar-Vergehungen der Staats- und Kirchendiener. Von Hefftter — 48

III. Ueber die verschiedenen Arten strafbarer Tödtung und ihr Zusammentreffen in einen Gattungsbegriff mit Rücksicht auf den Begriff der Entwendung, insbesondre von der fahrlässigen Tödtung und von dem Unterschiede zwischen Criminal- und Civilverbrechen nach gemeinem deutschen in Vergleichung mit dem französischen Rechte. Von Birnbaum — 88

IV. Die gesetzliche Beweistheorie in ihrem Verhältniß zu Geschwornengerichten, mit besonderer Rücksicht auf den neuesten Entwurf eines Gesetzbuchs über das Verfahren in Strafsachen von 1851 für das Königreich Baiern. Von Mittermaier — 120

V. Beurtheilung der neuesten criminalistischen Schriften:

1) Tübingen, bei Laupp: Betrachtungen über die peinliche Rechtspflege in Kleinstaaten, mit besonde-

rer Beziehung auf Würtemberg nach dem jetzt bestehenden Rechts- und Beweissystem. Von Dr. A. H. Gmelin, K. W. Oberjustizrathe. 1851. S. 141

2) Lugduni: De deditione profugorum, auctore H. Pr. Kluit. 1829. pag. 188. — 145

3) Dompirre examen du droit de grâce. Lausanne 1829. — 150

4) Candolle diss. sur le droit de grâce. Génève 1829. — 150

Neues

Neues Archiv
des
Criminalrechts.

Dreizehnten Bandes erstes Heft.

I.

Revision
der
Lehre von dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit (crimen vis).

Von

Wächter.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. XIII. des 12. Bandes 3. Heftes.)

II.

Geschichte des crimen vis bei den Römern und Darstellung des neuesten Justinianisch-Römischen Rechts.

§. 9.

Einleitung.

Nach der Ausführung, welche in dem vorangehenden Hefte gegeben wurde, ist der Begriff und Thatbestand des Verbrechens der Gewaltthätigkeit für unser gemeines Recht aus den Römischen Rechtsquellen über crimen vis zu bilden. In Beziehung auf diese hat

man aber häufig sehr Vieles von ihrem Inhalte als bei uns unanwendbar aus dem Grunde von der Hand weisen wollen, weil auf die Bildung der Römischen Grundsätze über vis die eigenthümlichen öffentlichen Verhältnisse der Römer gegen das Ende der Republik und ihr besonderes Criminalverfahren großen Einfluß gehabt haben. Namentlich sollen die Römer wegen dieser Verhältnisse unter ihre leges de vi eine Menge der heterogensten Handlungen geschoben haben, so daß der Begriff des crimen vis gar nicht streng abgegrenzt gewesen sey. Allein die Richtigkeit dieser Behauptung scheint in Beziehung auf die Bildung des Thatbestandes des crimen vis nicht nachgewiesen werden zu können. Um aber dies näher zeigen und um überhaupt auch das neueste Römische Recht über crimen vis in allen seinen Beziehungen gehörig auffassen zu können, ist ein Zurückgehen auf die älteren leges de vi und eine genaue Darstellung der ganzen Bildungsgeschichte des Römischen crimen vis unerläßlich, und um so nothwendiger, als die Aelteren, welche diesen Zweig der Geschichte des Römischen Criminalrechts behandelten, einen sehr reichen Stoff zur Nachlese übrig gelassen zu haben scheinen.

Ehe aber auf das Einzelne selbst übergegangen werden kann, ist noch Einiges zu erinnern.

Allerdings ist es nicht zu läugnen, daß die einzelnen Römischen Rechtsschlüsse über Bestrafung von Verbrechen häufig sehr heterogene Fälle umfaßten, und sie in Beziehung auf Verfahren in dieselbe Kategorie stellten. In den älteren Zeiten, als das Volk meist noch selbst die Criminalgerichtsbarkeit ausübte, finden sich solche leges seltener. Einige wenige Grundzüge halfen aus,

Gewohnheitsrecht und Praxis ergänzte sie, und das Volk entschied den einzelnen Fall zugleich als Richter und Gesetzgeber. Mit dem Entstehen der quaestiones perpetuae aber mußte sich dieses ändern. Die vom Volke getrennten Richter mußten fester gebunden, es mußten ihnen über Fall, Strafe und Verfahrungsart genauere Bestimmungen gegeben werden. Dies geschah durch einzelne leges, welche nicht blos vom Verbrechen und seiner Strafe, sondern auch von den besondern Normen des Verfahrens bei dem Verbrechen handelten. Allein die legislative Thätigkeit des Volks war doch immer etwas schwer in Bewegung zu setzen; ferner paßte für verschiedenartige Fälle häufig oft dieselbe Strafe und dasselbe Verfahren, auch ging man weniger auf scharfe Abgrenzung, als darauf aus, für die vorkommenden Fälle die Möglichkeit einer Einleitung der Anklage gehörig zu sichern, und endlich war man auch noch nicht auf der wissenschaftlichen Stufe, um hier überall recht streng nach Begriffen zu sondern. So erklärt es sich daher leicht, wie es kam, daß häufig eine lex sehr Verschiedenartiges umfaßte, und daß dieses unter dem einen, allgemeinen, von dem Hauptinhalte hergenommenen Namen der lex zusammengefaßt wurde. In den Kaiserzeiten beschränkte man sich dann meist darauf, an der durch die leges des 7ten Jahrhunderts Roms gegebenen Grundlage so fortzubilden, daß man dieselbe als die formelle Grenze und den materiellen Anhaltspunkt in der Hauptsache beibehielt. Man knüpfte an die von den alten leges herausgehobenen Verbrechen durch Senatusconsulte, kaiserliche Rescripte und Edicte und durch Interpretation an, was etwa in den leges übergangen war, oder an ihnen abgeändert

werden sollte, und behandelte dieses neu Hinzugefügte so, als ob es schon in den alten leges gestanden hätte. Hieraus erklärt sich vollends, wie unter dem Titel einer lex so Verschiedenartiges sich findet, und namentlich auch Vieles, was ursprünglich gar nicht der Inhalt der lex war, und wie auch Manches, wegen des Mangels an scharfer Begrenzung, unter mehrere leges fallen konnte. Das auffallendste Beispiel hiefür giebt die lex Cornelia de sicariis. Zu den Zeiten der klassischen Juristen behandelte man nach dieser lex theils ihrer ursprünglichen Fassung nach, theils in Folge späterer Erweiterungen gar nicht blos Tödtungen, sondern auch bewaffnetes furtum, Brandstiftung, falsches Zeugniß in solchen Criminalsachen, die zu einer Capitalstrafe (im Römischen Sinne) führten, Bewaffnung der Sclaven zum Zwecke einer Besitzentsetzung, Erregung eines Aufstandes, Castration, unerlaubte Beschneidung und A. m. r)

Allein gerade in dieser Hinsicht zeichnet sich das crimen vis besonders aus, was nicht gehörig beachtet zu werden scheint. Denn wenn gleich manche Fälle, welche von den leges de vi begriffen werden, zugleich auch zu andern leges gezogen wurden, z. B. zur lex de sicariis: so finden wir doch bei einer genaueren Betrachtung, daß in den *leges de vi* selbst durchaus nicht so Heterogenes gemischt wird. Die Legislation und die Jurisprudenz zog zu diesen leges beinahe durchgängig blos, was den Charakter der criminellen vis wahrhaft an sich trug, und schied so das crimen vis sehr scharf von andern Verbrechen (vgl. §. 20. a. E.).

r) D. XLVIII. 8. (ad l. Corn. de sic.) l. 1. pr. §. 1. l. 5. §. 4. l. 4. §. 2. l. 11. pr. l. 15. pr.

Wenn wir von den eigentlichen Majestätsverbrechen abſehen, ſo iſt das Verbrechen der Gewaltthätigkeit dasjenige, durch welches am meiſten die öffentliche Ruhe und Sicherheit gefährdet und der innere Friedensſtand, welchen der Staat zu garantiren hat, auf die fühlbarſte Weiſe untergraben wird. Beſonders tritt dies hervor in ſolchen Staaten, in welchen die Glieder einer mächtigen und ungebundenen Ariſtokratie einander gegenüber ſtehen, falls ihnen viele unbeſchäftigte Proletarier zu Dienſt ſind, und die öffentliche Macht nicht die Kraft hat, Factionen gehörig in Schranken zu halten. Bei Gewaltthätigkeiten ſolcher Ariſtokraten und bei ihren Kämpfen gegen einander, mögen ſie nun Befriedigung von Rache und andere Privatrückſichten bezwecken, oder ein Streben, den Einfluß auf die Staatsverwaltung an ſich zu reißen, zum Grunde haben, wird oft der Staat ſelbſt in ſeinen Grundveſten erſchüttert, und kann leicht einer völligen Umwälzung nahe geführt werden, ohne daß gerade die Unruheſtifter die Abſicht haben, dieſe Folge herbeizuführen, ohne daß ſie alſo Majeſtätsverbrecher werden wollen. So bleiben daher Gewaltthätigkeiten der angegebenen Art, ſo gefährlich ſie auch für den Staat ſind, und ſo ſehr ſie auch mittelbar den Staat erſchüttern und verletzen, doch immer noch ſehr verſchieden von den eigentlichen Majeſtätsverbrechen. Nichts iſt aber natürlicher, als daß in Zeiten, in welchen die verſchiedenen Verbrechen noch nicht ſcharf von einander geſondert werden und Geſetzgebung und Praxis ſich begnügen, blos in rohen Umriſſen ſchwerere Verbrechen zuſammenzufaſſen, daß in ſolchen Zeiten das Verbrechen der Gewaltthätigkeit vom Majeſtäts- und Perduellionsverbrechen wenig geſondert

wird. Eben so wenig darf es aber nach dem vorhin Ausgeführten, sobald einmal diese Sonderung eingetreten ist, befremden, wenn dann doch noch das Verbrechen der Gewaltthätigkeit ein solches genannt wird, durch welches Kraft, Ansehen und Wohl des Staates gefährdet wird. Deshalb kann auch Cicero [2]) von einer lex de vi wohl sagen, daß sie „ad imperium, ad majestatem, ad statum patriae, ad salutem omnium pertinet", ohne daß man deshalb hieraus mit manchen Bearbeitern dieser Lehre noch für Cicero's Zeiten auf eine totale Vermengung des crimen vis mit dem crimen majestatis schließen darf. Denn gerade zu Cicero's Zeiten wurden Ansehen, Kraft, Macht und Ehre des Römischen Staats nicht blos durch die vielen Majestätsverbrechen, welche in jene Zeiten fielen, sondern in besonders hohem Grade mittelbar gefährdet und beeinträchtigt durch die Privatkämpfe der Aristokraten, denen eine Masse von Sclaven und mittellosen Volkshaufen zu Gebot standen [3]). Es waren diese Verhältnisse sehr analog denen, welche zur Zeit der vielen neueren gesetzlichen Landfrieden im deutschen Reiche obwalteten. Was im deutschen Reiche Landesfriedensbruch war und schadete: dies waren und schadeten in den letzten Zeiten der Republik die Privatkämpfe der Römischen Großen, wenn es sich bei ihnen auch nicht gerade um die Majestätsfrage handelte, wer vor

2) Orat. pro Coelio cap. 29. Man vergl. auch Cicero de legib. III. 18. in fin. und pro Tullio §. 8.

3) Man vergleiche über diese wahrhaft schlechten Zeiten Roms und das traurige Betragen der Römer nur z. B. Sallust. bell. Catilin. cap. 56 f. mit den ersten Büchern von Dio Cassius; ferner Cicero pro Milone cap. 14 — 16., epist. ad fratrem II. 3., pro Tullio §. 8. 10., das 10. Buch der Briefe Cicero's an Atticus u. s. w.

dem Andern den ganzen Staat unter seine Herrschaft bringen wollte. Deshalb spricht auch Cicero gerade so ungefähr von den leges de vi, wie die deutschen Gesetzgeber von den — von den Majestätsgesetzen sehr getrennten — Landfrieden.

Außer dem oben Angeführten ist noch bei dem crimen vis seine Beziehung zum Verbrechen des Mordes ins Auge zu fassen. Nehmen wir das crimen vis in der früher schon vertheidigten Bedeutung [4]), also für diejenigen Handlungen, durch welche Jemand eine Person wider ihren Willen zu einem Thun, Unterlassen oder Dulden zu bestimmen sucht, somit die Freiheit des Entschlusses bei derselben beschränken will: so kann ein Mord begangen werden, ohne alle vis — (in diesem technischen Sinne). Hieher gehört nicht blos der Fall der Vergiftung, sondern auch der des Mordes eines Schlafenden, einer Tödtung durch einen unversehens beigebrachten Dolchstich u. dgl. Es kann aber auch wahre vis im oben angegebenen technischen Sinne das Mittel zur Ausführung des Mordes seyn. Dies ist der Fall, wenn es zum Kampfe kommt, und so der widerstrebende Gegner gezwungen wird, sich der Gewalt des Angreifers zu unterwerfen. Deshalb darf es uns nicht befremden, wenn in den Zeiten der Römischen Republik solche Fälle des Mordes auch vis genannt wurden [5]) und wegen derselben die Anklage ex legibus de vi angestellt werden konnte [6]).

4) S. dieses Archiv B. XI. S. 647.

5) S. z. B. Cicero Orat. pro Milone cap. 7. cap. 10 a. E. Orat. pro Caecina cap. 14 a. E. cap. 15.

6) wie z. B. gegen Milo wegen der Ermordung des Clodius §. 11.

§. 10.

Lex Plotia de vi und die angebliche lex Lutatia de vi.

Was nun das ältere Römische Recht über vis betrifft, so haben wir über dasselbe aus den Zeiten vor dem 7ten Jahrhundert Roms wenige Nachrichten. Vieles, was zur vis gehörte, ist wohl, wie Sigonius nicht mit Unrecht vermuthet, zu dem Perduellions- und Majestätsverbrechen, so wie zu dem der Tödtung gezogen worden, was sich durch das im §. 9. Ausgeführte erklären dürfte. Auch erklärt sich wohl hieraus, wie nach der Trennung der vis von diesen Verbrechen doch auch in den späteren leges de sicariis und majestatis noch Manches hängen blieb, was eigentlich zur vis gehörte und was deshalb auch in die leges de vi aufgenommen wurde, ohne es aber zugleich aus jenen leges völlig auszumerzen.

Außerdem handelten auch die älteren leges sacratae von manchen Gewaltthätigkeiten [1]), welche später in die leges de vi übergingen.

Von den älteren leges de vi, durch welche das crimen vis bestimmter von andern Verbrechen gesondert und als ein eigenthümliches Verbrechen herausgehoben wurde, wissen wir übrigens sehr wenig. Die Quellen, aus denen wir Näheres darüber schöpfen können, geben uns nur flüchtige und höchst unbestimmte Nachrichten, welche häufig von den Schriftstellern [2]) mit viel zu wenig Kritik behandelt wurden.

---

1) Livius II. 33. III. 55. Cicero pro Tullio §. 47. 49.

2) Es gehören hieher namentlich:
U. Zasius, Hotomanus, et Pardulphus Pratejus veteres pop. R. leges ord. alphab. digest. (in Otto thesaur. T. V. p. 479 f.); über die leges de

Die älteste lex de vi, von welcher wir wissen, ist eine lex Plotia (oder Plautia). Unsere Schriftstel-

---

vi sehr dürftig. — P. Manutius de legib. Rom. cap. 25. (in Graevius thesaur. antiqq. Rom. T. II. p. 82 — 85.) Das Meiste, was hier Manutius giebt, ist, wie aus dem später Anzuführenden hervorgehen dürfte, ohne gehörige Kritik und ungenügend. Sigonius de judiciis 1560. lib. II. cap. 55. (auch in Opp. Sig. Mediol. T. V. und in Graevius thesaur. antiqq. Rom. T. II. p. 794—98.) Sigonius trug am genauesten und ausführlichsten die Quellen zusammen. Seine Kritik aber und die Resultate, welche er in den Quellen finden will, sind, wie auch aus der folgenden Ausführung sich ergeben wird — gar nicht immer zu billigen. Die späteren Schriftsteller benutzten ihn gerade am meisten. — Antonius Augustinus de legibus. 1585. (auch bei Graevius l. c. p. 155. Die einzelnen leges sind hier alphabetisch geordnet.) Augustinus giebt für unsere Lehre keine Ausbeute. Was er sagt, beschränkt sich beinahe blos darauf, einen Theil des Quelleninhalts anzuführen. — Pighius annales magistratuum et provinciar. S. P. Q. R. etc. Antw. 1559. Auch meist nur eine theilweise Zusammenstellung des Quelleninhalts. — Antiquitatt. Rom. corpus, in quo praeter ea, quae Jo. Rosinus delineaverat, infinita supplentur etc. auct. Th. Dempstero a Muresk. Genev. 1632. Was hier über die vis gesagt ist (lib. VIII. cap. 27.), ist lediglich aus Andern abgeschrieben, das Meiste wörtlich aus Sigonius. — Ant. Mathaeus de criminib. ad lib. 47 u. 48. Dig. Comment. (zuerst 1644, zuletzt 1803) berührt ad lib. 47. tit. 4. das ältere Recht nur mit wenigen Worten und stellt auch das Justinianische Recht, mit Ausnahme der Entführung, nur sehr kurz und etwas dürftig dar. — Gravina origin. jur. civ. Lib. III. (de legib. et SCtis) cap. 91. unbedeutend. — Christ. Godofr. Hoffmann histor. jur. Romano-Justinian. Vol. I. P. I. giebt p. 89 ff. einen index legum Rom., ist aber über die leges de vi auch unbedeutend. — Heineccius antiquitt. Rom. syntagm. (zuerst 1719, fünfte von Heineccius noch besorgte Ausgabe 1741, neueste Ausg. von Haubold 1822) lib. IV. tit. 18. §. 66—69. Was hier Heineccius giebt, ist beinahe durchaus wörtlich aus Sigonius genommen. — Ernesti clavis Ciceroniana index legg. giebt für unsern Gegenstand nicht viel und nicht durchaus zu Billigendes. — Bach hist. jurisprud. Rom. ed. VI.

ler fügen ihr gewöhnlich noch eine lex Lutatia (oder Luctatia) bei. Ungewiß ist, von wem und in welchem Jahre beide (wenn wir auch eine besondere lex Luctatia annehmen wollten) gegeben wurden, und auch über ihren Hauptinhalt wissen wir nicht sehr viel Sicheres. Liest man freilich die in der Note 2. angegebenen Schriftsteller: so müßte man glauben, daß wir über alle diese Punkte sehr genaue Nachrichten haben.

Was unsere Quellen über diese leges betrifft: so haben von Cicero's Reden drei den Zweck, Solche zu vertheidigen, welche gegen vis angeklagt wurden, die pro Milone, die pro Sextio und die pro M. Coelio [3]). Die Rede pro Milone aber bezieht sich zunächst blos auf die lex Pompeja de vi; von ihr wird daher erst unten näher zu sprechen seyn. Die Rede pro Sextio ferner giebt keinen Beitrag zur Geschichte dieses Verbrechens. Cicero spricht in derselben mehr von sich selbst, als von dem Angeklagten, und bei diesem mehr von dessen ganzem Leben, als von dem ihm angeschuldigten factum [4]). Auch wird nicht angedeutet, nach welcher lex angeklagt wurde.

Was die dritte Rede betrifft, so war Cölius wegen verschiedener Verbrechen de vi angeklagt, theils wegen nicht näher beschriebener „seditiones Neapo-

---

Stockmann. Lipf. 1806 (zuerst 1754); über das bisher Gehöriae höchst ungenügend. —

5) Die Reden pro A. Caecina und pro M. Tullio geben für das *crimen vis* keine unmittelbaren Beiträge. Für das interdictum unde vi aber und für die actio vi bonor. raptor. sind sie sehr wichtig.

4) Dieses scheint in öffentlichen Tumulten und Gewaltthätigkeiten, welche bei der Frage über Cicero's Zurückberufung aus dem Exil Statt hatten, bestanden zu haben. Nach Cicero's Darstellung war es eigentlich der Angeklagte, welcher Gewalt litt.

litanae, Alexandrorum pulsatio Puteolana, bona Pallae", theils weil er Sclaven zum Mord des Gesandten der Alexandrier gedingt, und besonders, weil er die Sclaven der Schwester des Clodius zur Vergiftung ihrer Herrin habe bewegen wollen.

Wegen der ersteren Beschuldigungen, welche wohl hauptsächlich die accusatio ex lege *de vi* begründet haben mochten, vertheidigte ihn Crassus, wegen der letzteren Cicero. Allein Cicero läßt sich hier beinahe gar nicht auf das crimen vis ein, weil der Punkt, über den er zu sprechen hatte, keine eigentliche vis betraf[5]). Was er in dieser Hinsicht sagte, besteht, so weit es hier von Interesse ist, blos in Folgendem:

Cap. 1. — miretur profecto, quae sit tanta atrocitas hujus causae, quod *diebus festis* ludisque publicis, omnibus negotiis forensibus intermissis, *unum hoc* judicium exerceatur.

— — Idem cum audiat esse legem, quae de seditiosis conscelcratisque civibus, qui armati senatum obsederint, magistratibus vim attulerint, remp. oppugnarint, quotidie quaeri jubeat: legem non improbet.

Cap. 29. De vi quaeritis, quae lex ad imperium, ad statum patriae, ad salutem omnium pertinet, quam legem Q. Catulus armata dissensione civium, reip. paene extremis temporibus tulit, quaeque lex sedata illa flamma

5) Er sagt daher auch cap. 30. M. vero Coelius cur in *hoc* judicium (sc. de vi) vocatur? cui neque proprium quidem crimen quaestionis objicitur, nec vero aliquid ejusmodi, quod sit a lege sejunctum, cum vera severitate conjunctum.

consulatus mei fumantes reliquias conjurationis extinxit.

Wegen dieser letzteren Stelle nehmen nun Viele eine lex *Lutatia de vi* (von Q. Lutatius Catulus) an, nach welcher Cölius angeklagt worden seyn soll. Ob mit Recht, wird sich unten zeigen.

Die Quellen der lex *Plotia* de vi sind eben so dürftig. Als Hauptquellen wird von Vielen, namentlich von Bach und Heineccius, für sie angeführt Cicero pro Milone cap. 13. Allein hier sagt Cicero (im Jahre Roms 701) blos: reus enim Milonis lege *Plotia* fuit Clodius, quoad vixit. Allerdings ist dies ohne Zweifel die lex Plotia de vi. Denn vis war es hauptsächlich, was Clodius immer geübt hatte. Doch bekommt man aus dieser Stelle gar nichts Näheres über die lex Plotia. Ferner führt man an: Cicero ep. ad Div. VIII. 8. [6]) Allein hier sagt Cölius in einem Briefe an Cicero nichts weiter, als daß L. Sempronius Rufus den M. Tunius „reum lege Plotia de vi fecit." Manche, wie Sigonius, berufen sich auch auf Sueton. Caesar cap. 5. Allein die dort angeführte rogatio Plautia, auf welche man auch die ganz unbestimmte und nichts beweisende Stelle bei Gellius XIII. 3. bezieht, betrifft nach der Nachricht, welche Sueton selbst giebt, nicht den Vorschlag einer lex de vi, sondern bezweckte blos die Zurückberufung einiger Verbannten [7]). So bleiben uns daher

6) Bach hist. jur. ed. Stockmann. p. 175. führt als Quellen der lex Plotia blos diese Stelle und die pro Milone cap. 13. an, gerade zwei Stellen, die gar nichts beweisen; die anderen Quellen übergeht er ganz, gerade wie Ernesti in seiner clavis Ciceron. ad hanc leg.!

7) S. auch unten bei Note 20.

für die lex Plotia nur noch folgende beachtenswerthe Zeugnisse aus den Quellen übrig:

a) Asconius sagt [8]): M. Saufejus apud Conſilium quaeſtorem lege Plautia de vi accuſatus eſt, quod loca occupaſſet et cum telo fuiſſet antefignanus operarum Milonis.

Diese Anklage fällt in das Jahr Roms 701.

b) Salluſt erzählt, daß Catilina vor ſeinem Weggehen aus Rom (im Jahre Roms 690) lege Plautia interrogatus erat a L. Paulo [9]). Dies bezieht ſich ohne Zweifel auf die lex P. de vi. Damit ſtimmt auch Dio Caſſius [10]) ganz überein, indem er erzählt, daß Catilina um jene Zeit de vi angeklagt worden ſey.

c) in der angeblichen oratio Salluſtii in Ciceronem cap. 2. iſt von einer lex Plotia die Rede, und dieſe auf die Verurtheilung von Theilnehmern an der Catilinariſchen Verſchwörung bezogen.

Ferner beziehen ſich wohl ohne Zweifel

d) folgende Worte Cicero's [11]) auf dieſe lex Plotia: Negotium iisdem magiſtratibus eſt datum anno

---

8) ad Ciceron. orat. pro Milone ganz am Ende. Bekanntlich iſt dieſer Scholiaſt Cicero's eine ſehr zuverläſſige und wichtige Quelle für die Geſchichte des Röm. Rechts. Er lebte zu Tibers und Claudius Zeiten.

9) Bell. Catilinar. cap. 52. Ueber das lege interrogare vergl. auch Befferer de mitigatione poenar. jur. crim. inter reip. tempora. Heidelb. 1827. 8. p. 15.

10) lib. 57. p. 44. ed. Hanov. 1606. Dieſe Nachricht von Dio wird nun auch durchaus beſtätiget durch die von Mai aufgefundenen Bruchſtücke eines Scholiaſten von Cicero (welche Mai für die bisher unbekannt geweſenen Theile von Asconius hält), ſ. Ciceronis ſex oratt. partes inedd. cum antiquo interp. ed. Ang. Majus. Mediol. 1817. p. 186. (in Vatin. X. 2.)

11) de haruſp. reſp. cap. 8.

ſuperiore, ut curarent ut ſine vi aedificare mihi liceret, quibus in maximis periculis universa resp. commendari ſolet; deinde, cum ille *faxis et ignibus et ferro vaſtitatem meis ſedibus intuliſſet:* decrevit ſenatus, eos, qui id feciſſent, *lege de vi, quae eſt in eos, qui universam remp. oppugnaſſent,* teneri. Vobis vero referentibus, conſules, decrevit idem ſenatus, qui meam domum violaſſet, contra remp. eſſe facturum.

Endlich läßt ſich noch

e) folgende Aeußerung Cicero's [12]) anführen: ſit SCtum, ut Vettius quod confeſſus eſſet, *ſe cum telo fuiſſe,* in vincula conjiceretur.... Nunc reus erat apud Craſſum divitem Vettius de vi [13]).

Dies ſind, ſo viel mir bekannt iſt, alle nähere Quellennachrichten über dieſe leges de vi. Aus ihnen geht hervor, daß ſich zwar über den Inhalt [14]) dieſer leges Manches, aber über ihre Zeit und ihren Beantrager nur ſehr Weniges mit Sicherheit behaupten läßt. Anderes ſprechen freilich die oben angeführten Schriftſteller [15]) Die meiſten ſchreiben, was das Neu-

12) ad Atticum II. 24. vom Jahre Roms 694. Auch wird man hierher ziehen können die Erzählung von Dio Caſſius lib. XXXIX. init., nach welcher Clodius das wegen Zurückrufung des exilirten Cicero verſammelte Volk mit Gladiatoren zerſtreute und Viele tödtete und verwundete, und deshalb von Milo de vi angeklagt wurde.

13) nicht lege de ſicariis, denn es war nicht zu erweiſen, daß er *hominis necandi cauſa* cum telo erat.

14) Nicht hieher gehört, daß die lex Plotia die Uſucapion der res vi poſſeſſae ausſchloß, ſ. Cajus Inſt. II 45. Juſt. Inſt. II. 6. (de uſucapp.) §. 2. D. 41. 5. (de uſucapp.) l. 53. §. 2. vgl. auch unten Not. 50.

15) Nur Hoffmann hiſt. juris T. I. p. 163. geſteht das eben von mir Behauptete.

ſere betrifft, die lex Plotia einem Volkstribun M. Plotius Silvanus zu, der ſie im Jahre Roms 664 (nach Andern 665) unter dem Conſulat von Cn. Pompejus Strabo und L. Portius Cato beantragt haben ſoll. Allein nach Beweisgründen fragt man vergebens [16]). Höchſtens ließe ſich dafür anführen, daß nach Aſconius Zeugniß jener Plotius im genannten Jahre gewiß eine, aber freilich eine ganz andere, lex in Antrag brachte! Dabei unterſcheiden die Meiſten von dieſer lex Plotia noch eine beſondere lex Lutatia de vi. Dieſe ſoll ein Conſul Q. Lutatius Catulus (Collega des M. Aemilius Lepidus) im Todesjahre Sulla's (Jahr Roms 675), alſo 11 Jahre nach der lex Plotia, durchgeſetzt haben. Als Beweis hiefür ſoll die oben angeführte Stelle aus Cicero's Rede pro Coelio gelten, in welcher derſelbe erzählt, daß nie Q. Catulus eine lex de vi beantragt habe [17]).

16) Der angeführten Anſicht ſind z. B. Pardulfus Prateju s vett. pop. R. leges. voc. l. Plot. Er beruft ſich aber blos auf die nichts ſagenden Stellen aus Cicero pro Mil. und de har. reſp. Ferner Manutius de legg. R. cap. 23; ſein Beweis iſt aber blos ein „ut opinor." Ferner Pighius annal. T. III. p. 228. ohne Beweisgründe anzuführen. Erneſti clav. Ciceron. voc l. Plot. ebenſo. Bach hiſt. jur. ed. Stockmann. p. 131. unter Berufung auf Erneſti (vgl. auch Note 6.). Ueberhaupt ſind eben die beſtimmten Jahresangaben der Verfaſſer der alten indices legum nur gar zu häufig unzuverläſſig. Sie wollten nun eben einmal Alles wo möglich in beſtimmte Jahre ſetzen, während hier bei der Dürftigkeit unſerer Nachrichten eine ſolche Genauigkeit zu erreichen, unmöglich iſt.

17) Dieſer Anſicht ſind z. B. Manutius l. c. Pighius l. c. (er ſagt als ganz ſicher: Catulus *retulit* legem Plotiam addiditque capita etc.). Erneſti l c. voc. l. Lutat. — Bach l. c. p. 169. weicht in Beziehung auf Perſon und Jahr von dieſen ab, allein, wie es ſcheint, blos aus großer Ungenauigkeit. Er ſetzt nämlich die an-

Im Widerstreit mit diesen Ansichten nimmt Sigonius[18]) und nach ihm Gravina und Heineccius[19]) keine besondere lex Lutatia de vi an, sondern behauptet, im Jahre 676 habe der Volkstribun P. Plautius unter dem Consulat des Catulus und Lepidus die lex Plotia mit dem Consul Catulus beantragt (weshalb die lex bisweilen auch Catulus zugeschrieben werde) und Cäsar habe nach der Erzählung von Gellius und Suetonius die lex unterstützt. Dies wird so bestimmt behauptet, daß man glauben sollte, Sigonius habe hiefür die sprechendsten Beweise. Allein einestheils bezog sich die rogatio Plautia, welche Cäsar

---

gebliche lex Lutatia ins Jahr 652, also vor die lex Plautia, und schreibt sie einem Consul Lucius Catulus zu, unter Berufung auf Cicero (pro Coel. cap. 1. 29.) und auf Ernesti. Allein Cicero spricht ja hier von einem Quintus Catulus (übrigens hieß wahrscheinlich derjenige Catulus, welcher im Jahre 652 Consul war, Quintus, und nicht, wie Bach anführt, Lucius), und Ernesti schreibt gar die lex dem jüngern Catulus zu, und setzt sie ins Jahr 675! Eine Auctorität hätte Bach allerdings für seine Ansicht finden können, nämlich bei Parthulsus Pratejus, welcher a. a. O. die lex Lutatia in das von Bach angeführte Jahr so sicher setzt, als ob wir die bestimmtesten Nachrichten darüber hätten. Merkwürdig ist noch die Ansicht des letztgenannten Schriftstellers, nach welcher die Kaiser Honorius und Theodosius aus der *lex Lutatia* die const. 10. C. de feriis genommen, oder wenigstens ganz sicher die lex Lutatia auf die latrones und Isauros ausgedehnt haben sollen! Ob wohl diese Kaiser bei der Bestimmung, daß auch an Festtagen gegen die latrones eingeschritten werden solle, an eine lex Lutatia dachten??

18) de judiciis lib. II. cap. 33.

19) Gravina, Origin. jur. civ. Lib. III. cap. 91. Heineccius antiquitatt. Rom. L. IV. tit. 18. §. 66. Beide berufen sich auf Sigonius, und Gravina auch noch wunderlicherweise auf Manutius, der doch eine ganz andere Ansicht über die Sache hat.

sar unterstützte, nach Suetonius nicht auf eine lex de vi, anderntheils ist unrichtig, daß diese rogatio Plotia in das Jahr 675 fällt. Denn, abgesehen von noch andern Gründen, so war ja nach Sueton's Erzählung [20]) diese rogatio Plotia ziemliche Zeit später, als die Anklage, welche Cäsar gegen Dolabella anstellte, und als seine Gefangenschaft bei den Piraten, und jene Anklage und diese Gefangenschaft fanden nach dem Jahre 675 Statt. Endlich konnte wohl in den Jahren 674—684 kein Volkstribun ein Volksgesetz veranlassen, da in dieser Zeit die Sullanische lex galt, nach welcher die Tribunen blos auf Intercessionen beschränkt waren [21]).

Dagegen ist es wohl zu weit gegangen, wenn Ernesti, dem hier die Neueren folgen, einen starken Tadel über Sigonius ausspricht, weil dieser die lex Plotia und Lutatia confundire und aus Beiden Eine lex mache. Denn, ob Sigonius auch darin fehlte, daß er keine besondere lex Lutatia annahm, dürfte noch sehr die Frage seyn.

Aus dem bisher Ausgeführten geht nämlich blos so viel mit Sicherheit hervor, daß es eine lex Plotia de vi gab, und diese bestimmt vor das Jahr 690 fällt [22]). Näheres aber über den Beantrager und das Jahr der lex wissen wir gar nicht. Daß es eine besondere lex Lutatia de vi gab, ist höchst zweifelhaft;

20) Caesar cap. 4. 5.

21) Merkwürdig ist noch die Ungenauigkeit von Heineccius, welcher für alles, was Sigonius erzählt, als einzige Quelle eine Stelle anführt, in der auch nicht das geringste hieher Gehörige steht, nämlich Cicero pro Milone cap. 10.

22) Vgl. die angeführten Quellen und die dabei bemerkten Jahreszahlen.

denn außer der Bemerkung Cicero's, daß Q. Catul legem de vi tulit, spricht gar nichts für eine lex L tatia. Gegen das Daseyn einer solchen spricht abe daß nirgends in unseren Quellen einer lex Lutati sondern immer blos einer lex Plotia erwähnt wir daß selbst nach der Zeit, in welcher die lex Lutat gegeben worden seyn müßte, so weit wir wissen, n ex lege *Plotia* angeklagt wurde, und daß, was C cero der lex Q. Catuli zuschreibt, von der oben ang führten oratio Salluftii der lex Plotia zugeschrieben wird

Wodurch soll denn, möchte man auch fragen, di lex Lutatia von der Plotia sich unterschieden haben Ernesti (voc. Lutatia) und nach ihm Andere, beziehe die Lutatia aufs Prozessualische. Sie soll bestimm haben „ut etiam fastis diebus ludisque publicis de vi quaeri posset." Allein dies wäre jedenfalls zu eng. Denn wenn man Cicero's Aeußerungen in de Rede pro Coelio cap. 1 und 29, wie es Ernesti thut, auf eine besondere lex Lutatia bezieht: so muß sie auch Bestimmungen über den Thatbestand der vis enthalten haben. Zwar sagt Ernesti noch (voc. Plotia lex), di Lutatia sey außerdem noch severior gewesen, als d Plotia. Worin aber war sie dies?? Ernesti weiß nich anzuführen. Manutius meint, die Plotia lex ha von vis contra privatos, die Lutatia von vis con tra magistratus et remp. gehandelt. Allein au hiefür giebt es durchaus keine Beweise, vielmehr eh welche dagegen. So, um nur das Eine anzuführen erzählt Cicero: reus Milonis lege Plotia fuit Cl dius, quoad vixit, und zählt gerade, indem er di mit Beispielen zu belegen sucht (pro Milone cap. 14. 1 auch 27.), mehrere Fälle von vis in magistratus au

Nach allem Dieſem dürfte daher wohl anzunehmen ſeyn, daß gar keine *lex Lutatia de vi* exiſtirte. Cicero's Angabe könnte aber doch dabei beſtehen, und es ſcheint mir in dieſer Hinſicht die Hypotheſe — aber freilich blos Hypotheſe — aufgeſtellt werden zu können: die lex Plotia kann wohl in das Jahr 664 fallen. In dieſem Jahre war aber, wenigſtens wie Pighius anführet, neben Plotius auch ein Q. Catulus Volkstribun. Könnte man nun dieſer Angabe von Pighius, der freilich in dieſer Hinſicht gar nicht zuverläſſig iſt, trauen; ſo würde ſich Alles durch die Hypotheſe in Einklang ſetzen laſſen, daß die Tribunen Q. Catulus und Plotius die lex vorſchlugen, und das Geſetz nach dem letzteren benannt wurde, gerade wie auch in demſelben Jahre Plotius mit ſeinem Collegen C. Papirius Carbo die lex Plotia de civitate beantragte. Auch paßt auf dieſes Jahr gar wohl die allgemeine Beziehung, welche Cicero in der orat. pro Coelio von der Zeit der lex Q. Catuli giebt.

Mit ähnlicher Willkühr, wie über das Aeußere, wird auch über den Inhalt der lex Plotia (-Lutatia) verfahren. Erneſti und nach ihm Bach ſagen: die lex Plotia habe enthalten: „ut de ejus capite quaereretur, qui vim feciſſet", und Erneſti nennt ſie noch eine lex de vi *armatis* hominibus. Dies iſt zu viel und zu wenig. Denn daß ſie jenes enthalten habe, ſteht nirgends, und jedenfalls enthielt ſie noch Anderes: Sigonius und nach ihm Heineccius geben einen langen Inhalt der lex an, und ſo auch Pighius und Pratejus. Allein es iſt wohl ohne Zweifel unkritiſch, wenn ſie das, was Cicero im Allgemeinen und oratoriſch von der lex ſagt, für Worte der lex ſelbſt aus-

gaben. Sie begnügen ſich aber ſelbſt nicht einmal f
mit, ſondern ſetzen noch Manches bei. So ſoll n
Pratejus, der ſogar wie auch Hoffmann, die „co
ſceleratos et ſeditioſos cives" Cicero's in die Wor
der *lex* hereinnimmt, in der lex de vi als Fall
vis geſtanden haben, „qui remp. oppugnaſſent
nach Sigonius „qui adverſus rempublicam conj
rarint" [23]). Dies iſt aber von einer lex de vi, welc
in eine Zeit fällt, in der mehrere leges majeſtat
gegeben wurden, billig zu bezweifeln, und keine Quel
ſagt es.

Zu jener Annahme hat wohl veranlaßt, theil
daß Cicero ſagt, die lex de vi eſt in eos qui rem
publicam oppugnaſſent, theils daß Suetonius e
zählt, man habe gegen Catilina die lex Plotia in An
wendung bringen wollen, und daß nach Cicero die Theil
nehmer an Catilina's Verſchwörung in Folge dieſer lex
beſtraft wurden. Allein dies beweiſt nichts dafür, daß
die lex de vi von conjurare adverſus remp. und
von oppugnare remp. gehandelt habe. Denn vis war
es jedenfalls, was Catilina, auch abgeſehen von ſeinen,
auf Umſturz der Verfaſſung gerichteten, Planen vorge-
worfen werden konnte [24]), und ſo ward gegen ihn an-
fangs blos der ſicherſte Weg verſucht, wenn man ihn

---

23) Aehnliches behauptet Grünebuſch D. de crim. per-
duellionis apud priſcos Rom. etc. Cell. 1802. §. 18.
Ebenſo meint Dieck hiſtoriſche Verſuche über das Crim.
R. der Römer. Halle 1822. S. 68, auf die Auctorität
von Sigonius, die lex Plotia habe ſich auf diejenigen be-
zogen, welche gegen den Staat Verſchwörungen anſtiften.

24) S. z. B. Salluſtii Catil. 27. Interea (Catilina) Roma
multa ſimul moliri, conſuli inſidias tendere, parare
incendia opportuna loca armatis hominibus obſidere,
ipſe cum telo eſſe etc.

wegen vis zur Rede ſtellte, da man wegen ſeiner übrigen Plane den Beweismitteln noch zu mißtrauen Urſache hatte. Das Gleiche war wohl auch der Grund, warum man ſpäter die minder bedeutenden Theilnehmer an Catilina's Verbrechen blos wegen vis anklagte, um ſo mehr, als man ſchon mit der accuſatio ex lege de vi den Zweck gehörig erreichte.

Wenn aber Cicero von einem *oppugnare rempublicam* ſpricht [25]): ſo wollte er denn doch wohl dadurch nur die, oben im §. 9. herausgehobene Gefährlichkeit der vis für die Ruhe und Sicherheit der Republik ſelbſt bezeichnen. Dies dürfte ſich beſonders dadurch beweiſen, daß, als der Private Clodius von Milo ermordet wurde [26]), der Senat, um ein judicium extra ordinem deshalb einzuleiten, decretirte: caedem hanc contra remp. factam, und Cicero dies durch die Bemerkung erklärt: weil keine Gewalt in einem Freiſtaate unter Bürgern vorfallen könne, die nicht eben damit den Staat ſelbſt berühre, und ſomit jede Gewalt gewiſſermaßen eine Handlung contra remp. ſey. [27])

---

25) de haruſp. reſp. 8.

26) S. unten §. 11.

27) Cicero pro Milone cap. 5. „quia nulla vis unquam eſt in libera civitate ſuſcepta inter cives, non contra rempublicam." Vgl. ferner ibid. cap. 6. „Itaque ego ipſe decrevi, quum caedem in via Appia factam conſtaret, non eum, qui ſe defendiſſet, contra remp. feciſſe; ſed quum ineſſent in re vis et inſidiae, crimen judicio reſervavi, rem notavi. Decernebat Senatus, ut veteribus legibus, tantummodo extra ordinem, quaereretur." Cap. 11. „Inſidias factas eſſe conſtat, *et id eſt quod Senatus contra remp. factum* judicavit." Von einem ähnlichen SC. wegen vorgefallener, ſehr ärgerlicher Gewaltthätigkeiten erzählt Cicero epiſt. ad Q. fratrem II. 3.

Ueberhaupt sind in Fällen, über welche unser Quellen so dürftig sind, wie in dem vorliegenden, Versuche von wörtlichen Restitutionen der lex sehr mißlich und führen wohl zu nichts, und daß die von den angeführten Schriftstellern versuchten Restitutionen jedenfalls nicht das Rechte getroffen haben, möchte wohl schon aus dem oben Bemerkten hervorgehen. Auch überzeugt man sich hievon noch mehr, wenn man damit die Sprache in ächten, auf uns gekommenen, Bruchstücken von Leges vergleicht.

Was sich Gewisses über den Inhalt der lex Plotia (= Lutatia) sagen läßt, ist außer dem Prozessualischen, von Cicero pro Coel. 1. Angeführten, blos: daß unerlaubtes Bewaffnetseyn, Gewalt gegen Magistratus, Erregen einer *seditio*, Zusammenrotten von Menschen zum Zweck der Gewaltzufügung, Erstürmen und gewaltsames Besetzen von Plätzen und Häusern, und Zerstörung der letztern, als strafbare vis nach ihr behandelt werden konnte. So kommt daher der Inhalt der lex der Sache nach beinahe ganz mit dem überein, was Paulus (Sentent. V. 26.) als Inhalt der lex Julia de vi privata angiebt; und will man über ihre Form Hypothesen aufstellen, so möchte man wohl am wenigsten unsicher gehen, wenn man statt der oratorischen Worte Cicero's die von Paulus angeführten, also die der lex Julia, so weit sie den vorhin angegebenen Inhalt betreffen, annehmen würde. Denn daß sich die lex Julia dem Inhalte nach an diese frühere lex Plotia sehr anschloß, ergiebt sich aus dem Gesagten, und so dürfte aus dem Inhalte auch der Schluß auf die Form nicht zu gewagt seyn.

Auch ist es sehr natürlich und dem Ausbildungsgange des Römischen Rechts gemäß, daß die spätere lex den Inhalt der früheren möglichst in sich aufnahm und so dem schon Bestehenden nur seine Zusätze, Erweiterungen und Modificationen beifügte [28]).

Noch entsteht die Frage, ob schon die lex Plotia zwischen vis publica und privata unterschied? Die Wenigsten lassen sich hierauf ein. Manutius und Pardulfus Pratejus beziehen die lex Plotia, so wie die von ihnen noch besonders unterschiedene lex Lutatia *auf* vis *publica*, so daß wir nach ihnen von *leges de* vi privata vor der lex Julia nichts wüßten. Dies ist aber eine sehr willkührliche Hypothese [29]). Sie stützt sich darauf, daß jene leges von der vis *armata* gehandelt haben sollen. Allein sie zeigt sich eben dadurch als unhaltbar, daß bei ihr schon für die Zeit jener leges der Charakter der vis publica in das Bewaffnetseyn gesetzt wird: ein Unterscheidungsmerkmal zwischen vis publica und privata, das gewiß in eine spätere Zeit fällt und nicht einmal den leges Juliae angehört [30]). Auch läßt es sich ja gar nicht beweisen oder

28) Ebenso wiederholt auch die lex Julia das, was die lex Plotia über Ersitzung der res vi possessae enthielt; s. die in der Note 14. angeführten Stellen. Aehnliches findet sich ja auch bei andern leges. Man vergleiche z. B. das Verhältniß der lex Servilia repetundarum mit der lex Julia repet.

29) Ueberhaupt kennt Manutius bei seiner Ausführung über diese leges de vi manche Verstöße. Namentlich gehört hieher, was er über das Verhältniß des Prätors und der Judices bei der accusatio de vi sagt.

30) S. unten §. 15. Unterholzner in seiner Entwickelung der Verjährungsjahre (1828.) B. 1. S. 245. nimmt ebenfalls an, daß die l. Plotia und die angebliche Lutatia gehandelt hätten „de vi *publica*." Er beruft sich dabei blos auf Ernesti, der die lex Plotia eine lex de vi *arma-*

§. 11.

Lex Pompeja de vi.

Unter allen leges de vi ist die lex Pompeja d jenige, über welche wir theils durch Cicero, beso ders aber durch Asconius, die genauesten Nachri ten haben [1]). Wiewohl sie an sich weit weniger wic tig ist, als die Plotia und die Juliae leges, da sie si blos auf einen ganz speciellen Vorfall bezieht: so b kommt sie doch, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, ein besonderes Interesse für unsere Untersuchun durch die Nachrichten, die uns Asconius über die b Gelegenheit dieser lex geführten Prozesse giebt.

T. Annius Milo bewarb sich im J. Roms 70 um das Consulat, P. Clodius, ein erbittester Geg ner Milo's, um die Prätur. Clodius suchte auf jed Weise die Wahl Milo's zu verhindern. Während di Sache so unentschieden stand, reiste Milo in Begleitung vieler Sclaven, unter welchen auch Gladiatoren waren, von Rom nach Lanuvium. Clodius, ebenfalls in Begleitung von bewaffneten Sclaven und Gladiatoren, begegnet ihm. Milo's Gladiatoren fangen mit Clodius Begleitern Streit an, einer von ihnen verwundet den Clodius; ein allgemeiner Kampf entsteht. Clodius wird in eine benachbarte Taberna gebracht. Milo läßt die Taberna durchsuchen, Clodius herausreißen, erschlagen, und den Leichnam auf der Straße liegen [2]). Ein Se

1) Unbedeutend, und besonders durch die Nachrichten bei Asconius unwichtig, ist, was man bei Cicero Brutus cap. 94. und dem Auct. de caus. corrupt. eloqu. cap. 58. findet.

2) So erzählt wenigstens Asconius im Argum. ad orat. Cic. pro Milone. Am Schlusse seiner Bemerkungen zu

natur, des Weges kommend, bringt den Körper nach Rom; das Volk, aufgereizt von einigen Gegnern Milo's, trägt den Leichnam am andern Tage auf das forum. Volkstribunen reizen das Volk noch mehr; es bringt endlich auf Anstiften eines Sextus Clodius den Leichnam in die Curie, will ihn dort verbrennen, und brennt damit die ganze Curie ab.

Am dritten Tage wurde M. Lepidus zum Interrex ernannt; die Partei der Mitbewerber Milo's um das Consulat umlagerte das Haus des Interrex, um ihn zur Haltung der Comitien zum Zwecke der Consulwahlen zu zwingen, und stürmte es endlich. Milo's Partei kam aber dazu; zwischen beiden Parteien entsteht Kampf und die erstere steht nun von Lepidus Hause ab. Das bewaffnete Gegenüberstehen dieser beiden Parteien hinderte die Consulwahlen mehrere Wochen [3]). Endlich wurde, durch Zuthun des Senats, Pompejus zum alleinigen Consul gewählt.

Die angeführten Verbrechen waren der Art, daß der Senat nicht umhin konnte, wegen besonderer deshalb zu ergreifender Maßregeln zu berathen. Er beschloß, daß darüber extra ordinem, aber nach den bestehenden Gesetzen, der Prozeß eingeleitet werden solle (§. 10. Not. 27.). Allein noch weiter ging Pom-

---

Cicero's Rede setzt er noch bei: Videbantur non ignoraſſe judices, inſcio Milone initio vulneratum eſſe Clodium, ſed compererant, poſtquam vulneratus eſſet, juſſu Milonis occiſum. Anders lautet freilich die Erzählung, welche Cicero, als Vertheidiger von Milo, in seiner oratio pro Milone giebt.

3) Näheres über das, was in dieser Zeit geschah, und über die ganze hier berührte Geschichte, so weit es nicht unmittelbar den Gegenstand unserer Untersuchung betrifft, s. bei Aſconius l. c.

denn außer der Bemerkung Cicero's, daß Q. Catul legem de vi tulit, spricht gar nichts für eine lex L tatia. Gegen das Daseyn einer solchen spricht ab daß nirgends in unseren Quellen einer lex Lutat sondern immer blos einer lex Plotia erwähnt wi daß selbst nach der Zeit, in welcher die lex Lutat gegeben worden seyn müßte, so weit wir wissen, n ex lege *Plotia* angeklagt wurde, und daß, was C cero der lex Q. Catuli zuschreibt, von der oben ang führten oratio Salluftii der lex Plotia zugeschrieben wird

Wodurch soll denn, möchte man auch fragen, di lex Lutatia von der Plotia sich unterschieden haben Ernesti (voc. Lutatia) und nach ihm Andere, beziehe die Lutatia aufs Prozessualische. Sie soll bestimm haben „ut etiam fastis diebus ludisque publicis de vi quaeri posset." Allein dies wäre jedenfalls zu eng. Denn wenn man Cicero's Aeußerungen in der Rede pro Coelio cap. 1 und 29, wie es Ernesti thut, auf eine besondere lex Lutatia bezieht: so muß sie auch Bestimmungen über den Thatbestand der vis enthalten haben. Zwar sagt Ernesti noch (voc. Plotia lex), die Lutatia sey außerdem noch severior gewesen, als die Plotia. Worin aber war sie dies?? Ernesti weiß nichts anzuführen. Manutius meint, die Plotia lex habe von vis contra privatos, die Lutatia von vis contra magistratus et remp. gehandelt. Allein auch hiefür giebt es durchaus keine Beweise, vielmehr eher welche dagegen. So, um nur das Eine anzuführen, erzählt Cicero: reus Milonis lege Plotia fuit Clodius, quoad vixit, und zählt gerade, indem er dies mit Beispielen zu belegen sucht (pro Milone cap. 14. 15 auch 27.), mehrere Fälle von vis in magistratus auf.

Nach allem Dieſem dürfte daher wohl anzunehmen ſeyn, daß gar keine *lex Lutatia de vi* exiſtirte. Cicero's Angabe könnte aber doch dabei beſtehen, und es ſcheint mir in dieſer Hinſicht die Hypotheſe — aber freilich blos Hypotheſe — aufgeſtellt werden zu können: die lex Plotia kann wohl in das Jahr 664 fallen. In dieſem Jahre war aber, wenigſtens wie Pighius anführt, neben Plotius auch ein Q. Catulus Volkstribun. Könnte man nun dieſer Angabe von Pighius, der freilich in dieſer Hinſicht gar nicht zuverläſſig iſt, *trauen*; ſo würde ſich Alles durch die Hypotheſe in Einklang ſetzen laſſen, daß die Tribunen Q. Catulus und Plotius die lex vorſchlugen, und das Geſetz nach dem Letzteren benannt wurde, gerade wie auch im demſelben Jahre Plotius mit ſeinem Collegen C. Papirius Carbo die lex Plotia de civitate beantragte. Auch paßt auf dieſes Jahr gar wohl die allgemeine Beziehung, welche Cicero in der orat. pro Coelio von der Zeit der lex Q. Catuli giebt.

Mit ähnlicher Willkühr, wie über das Aeußere, wird auch über den Inhalt der lex Plotia (-Lutatia) verfahren. Erneſti und nach ihm Bach ſagen: die lex Plotia habe enthalten: „ut de ejus capite quaereretur, qui vim feciſſet", und Erneſti nennt ſie noch eine lex de vi *armatis* hominibus. Dies iſt zu viel und zu wenig. Denn daß ſie jenes enthalten habe, ſteht nirgends, und jedenfalls enthielt ſie noch Anderes: Sigonius und nach ihm Heineccius geben einen langen Inhalt der lex an, und ſo auch Pighius und Pratejus. Allein es iſt wohl ohne Zweifel unkritiſch, wenn ſie das, was Cicero im Allgemeinen und ſtatiſch von der lex ſagt, für Worte der lex ſelbſt

gaben. Sie begnügen sich aber selbst nicht einmal hiemit, sondern setzen noch Manches bei. So soll nach Pratejus, der sogar wie auch Hoffmann, die „conscelleratos et seditiosos cives" Cicero's in die Worte der *lex* hereinnimmt, in der lex de vi als Fall der vis gestanden haben, „qui remp. oppugnassent," nach Sigonius „qui adversus rempublicam conjurarint"[23]). Dies ist aber von einer lex de vi, welche in eine Zeit fällt, in der mehrere leges majestatis gegeben wurden, billig zu bezweifeln, und keine Quelle sagt es.

Zu jener Annahme hat wohl veranlaßt, theils daß Cicero sagt, die lex de vi est in eos qui rempublicam oppugnassent, theils daß Suetonius erzählt, man habe gegen Catilina die lex Plotia in Anwendung bringen wollen, und daß nach Cicero die Theilnehmer an Catilina's Verschwörung in Folge dieser lex bestraft wurden. Allein dies beweist nichts dafür, daß die lex de vi von conjurare adversus remp. und von oppugnare remp. gehandelt habe. Denn vis war es jedenfalls, was Catilina, auch abgesehen von seinen, auf Umsturz der Verfassung gerichteten, Planen vorgeworfen werden konnte[24]), und so ward gegen ihn anfangs blos der sicherste Weg versucht, wenn man ihn

---

23) Aehnliches behauptet Grünebusch D. de crim. perduellionis apud priscos Rom. etc. Cell. 1802. §. 18. Ebenso meint Dieck historische Versuche über das Crim. R. der Römer. Halle 1822. S. 68, auf die Auctorität von Sigonius, die lex Plotia habe sich auf diejenigen bezogen, welche gegen den Staat Verschwörungen anstiften.

24) S. z. B. Sallustii Catil. 27. Interea (Catilina) Roma multa simul moliri, consuli insidias tendere, parare *incendia opportuna loca armatis hominibus obsidere, ipse cum telo esse* etc.

wegen vis zur Rede stellte, da man wegen seiner übrigen Plane den Beweismitteln noch zu mißtrauen Ursache hatte. Das Gleiche war wohl auch der Grund, warum man später die minder bedeutenden Theilnehmer an Catilina's Verbrechen blos wegen vis anklagte, um so mehr, als man schon mit der accusatio ex lege de vi den Zweck gehörig erreichte.

Wenn aber Cicero von einem *oppugnare rempublicam* spricht [25]): so wollte er denn doch wohl dadurch nur die, oben im §. 9. herausgehobene Gefährlichkeit der vis für die Ruhe und Sicherheit der Republik selbst *bezeichnen*. Dies dürfte sich besonders dadurch beweisen, daß, als der Private Clodius von Milo ermordet wurde [26]), der Senat, um ein judicium extra ordinem deshalb einzuleiten, decretirte: caedem hanc contra reimp. factam, und Cicero dies durch die Bemerkung erklärt: weil keine Gewalt in einem Freistaate unter Bürgern vorfallen könne, die nicht eben damit den Staat selbst berühre, und somit jede Gewalt gewissermaßen eine Handlung contra remp. sey. [27])

---

25) de haruſp. reſp. 8.

26) S. unten §. 11.

27) Cicero pro Milone cap. 5. „quia nulla vis unquam eſt in libera civitate ſuſcepta inter cives, non contra rempublicam." Vgl. ferner ibid. cap. 6. „Itaque ego ipſe decrevi, quum caedem in via Appia factam conſtaret, non eum, qui ſe defendiſſet, contra remp. feciſſe; ſed quum ineſſent in re vis et inſidiae, crimen judicio reſervavi, rem notavi. Decernebat Senatus, ut veteribus legibus, tantummodo extra ordinem, quaereretur." Cap. 11. „Inſidias factas eſſe conſtat, *et id eſt quod Senatus contra remp. factum* judicavit." Von einem ähnlichen SC. wegen vorgefallener, sehr ärgerlicher Gewaltthätigkeiten erzählt Cicero epiſt. ad Q. fratrem II. 3.

Ueberhaupt sind in Fällen, über welche unsere Quellen so dürftig sind, wie in dem vorliegenden, Versuche von wörtlichen Restitutionen der lex sehr mißlich und führen wohl zu nichts, und daß die von den angeführten Schriftstellern versuchten Restitutionen jedenfalls nicht das Rechte getroffen haben, möchte wohl schon aus dem oben Bemerkten hervorgehen. Auch überzeugt man sich hievon noch mehr, wenn man damit die Sprüche in ächten, auf uns gekommenen, Bruchstücken von Leges vergleicht.

Was sich Gewisses über den Inhalt der lex Plotia (= Lutatia) sagen läßt, ist außer dem Prozessualischen, von Cicero pro Coel. 1. Angeführten, blos: daß unerlaubtes Bewaffnetseyn, Gewalt gegen Magistratus, Erregen einer *seditio*, Zusammenrotten von Menschen zum Zweck der Gewaltzufügung, Erstürmen und gewaltsames Besetzen von Plätzen und Häusern, und Zerstörung der letztern, als strafbare vis nach ihr behandelt werden konnte. So kommt daher der Inhalt der lex der Sache nach beinahe ganz mit dem überein, was Paulus (Sentent. V. 26.) als Inhalt der lex Julia de vi privata angiebt; und will man über ihre Form Hypothesen aufstellen, so möchte man wohl am wenigsten unsicher gehen, wenn man statt der oratorischen Worte Cicero's die von Paulus angeführten, also die der lex Julia, so weit sie den vorhin angegebenen Inhalt betreffen, annehmen würde. Denn daß sich die lex Julia dem Inhalte nach an diese frühere lex Plotia sehr anschloß, ergiebt sich aus dem Gesagten, und so dürfte aus dem Inhalte auch der Schluß auf die Form nicht zu gewagt seyn.

Auch ist es sehr natürlich und dem Ausbildungsgange des Römischen Rechts gemäß, daß die spätere lex den Inhalt der früheren möglichst in sich aufnahm und so dem schon Bestehenden nur seine Zusätze, Erweiterungen und Modificationen beifügte [28]).

Noch entsteht die Frage, ob schon die lex Plotia zwischen vis publica und privata unterschied? Die Wenigsten lassen sich hierauf ein. Manutius und Pardulfus Pratejus beziehen die lex Plotia, so wie die von ihnen noch besonders unterschiedene lex Lutatia *auf* vis *publica*, so daß wir nach ihnen von *leges de* vi privata vor der lex Julia nichts wüßten. Dies ist aber eine sehr willkührliche Hypothese [29]). Sie stützt sich darauf, daß jene leges von der vis *armata* gehandelt haben sollen. Allein sie zeigt sich eben dadurch als unhaltbar, daß bei ihr schon für die Zeit jener leges der Charakter der vis publica in das Bewaffnetseyn gesetzt wird: ein Unterscheidungsmerkmal zwischen vis publica und privata, das gewiß in eine spätere Zeit fällt und nicht einmal den leges Juliae angehört [30]). Auch läßt es sich ja gar nicht beweisen oder

28) Ebenso wiederholt auch die lex Julia das, was die lex Plotia über Ersitzung der res vi possessae enthielt; s. die in der Note 14. angeführten Stellen. Aehnliches findet sich ja auch bei andern leges. Man vergleiche z. B. das Verhältniß der lex Servilia repetundarum mit der lex Julia repet.

29) Ueberhaupt kennt Manutius bei seiner Ausführung über diese leges de vi manche Verstöße. Namentlich gehört hieher, was er über das Verhältniß des Prätors und der Judices bei der accusatio de vi sagt.

30) S. unten §. 15. Unterholzner in seiner Entwickelung der Verjährungsjahre (1828.) B. 1. S. 245. nimmt ebenfalls an, daß die l. Plotia und die angebliche Lutatia gehandelt hätten „de vi *publica*." Er beruft sich dabei blos auf Ernesti, der die lex Plotia eine lex de vi *arma-*

§. 11.

Lex Pompeja de vi.

Unter allen leges de vi ist die lex Pompeja diejenige, über welche wir theils durch Cicero, besonders aber durch Asconius, die genauesten Nachrichten haben [1]). Wiewohl sie an sich weit weniger wichtig ist, als die Plotia und die Juliae leges, da sie sich blos auf einen ganz speciellen Vorfall bezieht: so bekommt sie doch, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, ein besonderes Interesse für unsere Untersuchung durch die Nachrichten, die uns Asconius über die bei Gelegenheit dieser lex geführten Prozesse giebt.

T. Annius Milo bewarb sich im J. Roms 701 um das Consulat, P. Clodius, ein erbitterter Gegner Milo's, um die Prätur. Clodius suchte auf jede Weise die Wahl Milo's zu verhindern. Während die Sache so unentschieden stand, reiste Milo in Begleitung vieler Sclaven, unter welchen auch Gladiatoren waren, von Rom nach Lanuvium. Clodius, ebenfalls in Begleitung von bewaffneten Sclaven und Gladiatoren, begegnet ihm. Milo's Gladiatoren fangen mit Clodius Begleitern Streit an, einer von ihnen verwundet den Clodius; ein allgemeiner Kampf entsteht. Clodius wird in eine benachbarte Taberna gebracht. Milo läßt die Taberna durchsuchen, Clodius herausreißen, erschlagen, und den Leichnam auf der Straße liegen [2]). Ein Se-

1) Unbedeutend, und besonders durch die Nachrichten bei Asconius unwichtig, ist, was man bei Cicero Brutus cap. 94. und dem Auct. de caus. corrupt. eloqu. cap. 58. findet.

2) So erzählt wenigstens Asconius im Argum. ad orat. Cic. pro Milone. Am Schlusse seiner Bemerkungen zu

nator, des Weges kommend, bringt den Körper nach Rom; das Volk, aufgereizt von einigen Gegnern Milo's, trägt den Leichnam am andern Tage auf das *forum*. Volkstribunen reizen das Volk noch mehr; es bringt endlich auf Anstiften eines Sextus Clodius den Leichnam in die Curie, will ihn dort verbrennen, und brennt damit die ganze Curie ab.

Am dritten Tage wurde M. Lepidus zum Interrex ernannt; die Partei der Mitbewerber Milo's um das Consulat umlagerte das Haus des Interrex, um ihn zur Haltung der Comitien zum Zwecke der Consulwahlen zu *zwingen*, und stürmte es endlich. Milo's Partei kam aber dazu; zwischen beiden Parteien entsteht Kampf und die erstere steht nun von Lepidus Hause ab. Das bewaffnete Gegenüberstehen dieser beiden Parteien hinderte die Consulwahlen mehrere Wochen [3]). Endlich wurde, durch Zuthun des Senats, Pompejus zum alleinigen Consul gewählt.

Die angeführten Verbrechen waren der Art, daß der Senat nicht umhin konnte, wegen besonderer deshalb zu ergreifender Maßregeln zu berathen. Er beschloß, daß darüber extra ordinem, aber nach den bestehenden Gesetzen, der Prozeß eingeleitet werden solle (§. 10. Not. 27.). Allein noch weiter ging Pom-

---

Cicero's Rede setzt er noch bei: Videbantur non ignorasse judices, inscio Milone initio vulneratum esse Clodium, sed compererant, postquam vulneratus esset, jussu Milonis occisum. Anders lautet freilich die Erzählung, welche Cicero, als Vertheidiger von Milo, in seiner oratio pro Milone giebt.

3) Näheres über das, was in dieser Zeit geschah, und über die ganze hier berührte Geschichte, so weit es nicht unmittelbar den Gegenstand unserer Untersuchung betrifft, s. bei Asconius l. c.

pejus, der Milo nicht wohlwollte. Er brachte zwe Gesetze in Vorschlag, das eine de vi, das andere de ambitu: ein Verbrechen, dessen sich Milo ebenfalls schuldig gemacht haben sollte. Den Inhalt beider Gesetze giebt Asconius dahin an: duas ex SCto promulgavit (Pompejas leges), alteram de vi, qua nominatim caedem in via Appia factam et incendium curiae et domum M. Lepidi interregis oppugnatam comprehendit; alteram de ambitu: poenam graviorem, et formam judiciorum breviorem. Utraque enim lex prius testes dari per triduum, deinde uno die atque eodem et ab accusatore et a reo perorari jubebat, ita ut duae horae accusatori, tres reo darentur [4]).

Die Gesetze gingen durch. Milo wurde sogleich nach diesen Gesetzen wegen vis und ambitus und sodann nach andern Gesetzen von andern Anklägern noch einmal wegen vis und außerdem noch de sodalitiis [5]) angeklagt. Alle diese vier Prozesse wurden wirklich gegen ihn durchgeführet. Beim ersten war er anwesend, bei dem folgenden abwesend. In allen wurde er verurtheilt. Wenige Tage darauf ging er in das Exil.

Nach ihm wurde, ebenfalls aus der lex Pompeja, M. Saufejus angeklagt, „qui dux fuerat in

4) Den prozessualischen Inhalt der Gesetze giebt Asconius an einer andern Stelle des angeführten Argumentum noch ausführlicher an. Ueberhaupt ist diese ganze Erzählung von Asconius für den Röm. Criminalprozeß sehr interessant und wichtig.

5) Cicero erzählt in epist. ad Q. fratrem II, 3. (vom Jahre Roms 699): Senatusconsultum factum est, ut sodalitates decuriatique discederent: lexque de iis ferretur, ut, qui non discessissent, ea poena, quae est de vi, tenerentur. Vgl. auch D. XLVII. 22. (de colleg.) l. 2.

expugnanda taberna et Clodio occidendo." Er wurde, mehr aus Haß gegen Clodius, als aus Gerechtigkeit seiner Sache, freigesprochen, allein gleich nachher wieder angeklagt, und zwar *lege Plotia de vi* „quod loca occupasset, et cum telo fuisset antesignanus operarum Milonis." Auch hier wurde er freigesprochen. Viele Andere dagegen, und unter ihnen auch S. Clodius, wurden verurtheilt und verbannt.

Diese hauptsächlich von Asconius uns gegebenen Nachrichten sind für die Geschichte des Röm. Criminalrechts überhaupt und insbesondere für die des crimen *vis in* mannigfacher Hinsicht wichtig. Namentlich geben sie uns einen interessanten Beitrag über die Frage, wie die Römer die Concurrenz von Verbrechen behandelten. Sodann läßt sich, was das zunächst hieher Gehörige betrifft, aus ihnen das Verhältniß der lex Pompeja zur früheren lex de vi bestimmt entnehmen. Die lex Pompeja setzte blos eine neue, besondere quaestio mit abgekürzten und besondern prozessualischen Formalitäten für einen speciellen Vorfall fest, freilich für einen Fall, für welchen schon die bestehenden leges ausgereicht hätten [6]). Allein sie hob diese bestehenden leges nicht auf. Deshalb konnten Milo und Saufejus wegen eines Theiles desselben Factums noch außerdem ex lege Plotia angeklagt werden, nur daß bei dieser Anklage ein anderer, als der von der lex Pom-

6) Deshalb sagt auch Cicero pro Milone: Hanc quaestionem, etsi non est iniqua, nunquam tamen Senatus constituendam putavit. *Erant enim leges, erant quaestiones vel de caede vel de vi*, nec tantum moerorem ac luctum Senatui mors P. Clodii afferebat, ut nova quaestio constitueretur.

Dies ist alles, was wir über die lex Caesaris de vi wissen, wenn es richtig ist, daß die in die Pandekten aufgenommenen leges Juliae de vi publica et privata nicht von Cäsar herrühren.

Was diese letztere Frage betrifft: so schreiben Viele diese leges Julias Auguſt zu, aber ohne besondere Gründe dafür anzuführen[1]). Andere dagegen behaupten, aber auch ohne Gründe anzuführen, sie seyen von Cäsar gegeben worden[2]). Indessen läßt sich die Sache wohl ziemlich sicher, und zwar dahin entscheiden, daß die leges Juliae de vi publica et privata nicht von Cäsar, sondern von Auguſt herrühren und die lex Julia Caesaris de vi als eine besondere von ihnen unterschieden werden muß. Wir können nämlich doch nicht anders, als annehmen, daß Cicero in der oben angeführten Stelle den wesentlichen und Hauptinhalt der lex Julia Caesaris de vi andeuten wollte. Dieser Hauptinhalt ist aber gerade sehr verschieden von dem, was wir über den Inhalt der leges Juliae de vi publica et privata gewiß wissen. Diese letzteren unterscheiden zwischen vis publica und privata, setzen für die erstere eine ganz andere Strafe fest, als für die letztere, und geben das Provocationsrecht zu, ohne

1) So z. B. Sigonius de judiciis II. 53. Gravina orig. L. III. c. 91. Bach hist. jurispr. Rom. ed. Stockmann p. 348. Heineccius antiquitatt. Rom. 10. 18. §. 68.

2) z. B. F. C. Conradi jus provocationum ex antiquitate Rom. erutum §. 20. (Scripta minor. ed. Personice Hal. 1815. T. I. p. 27.) Ferner Perdulfus Pratejus voc. lex Julia. Doch meint Dieser, könne auch Auguſt legem Caesaris renovirt haben, oder sey von den leges de vi publica und privata die eine von Cäsar, die andere von Auguſt, alles ohne Gründe anzuführen. Den letzteren Gedanken hat auch Manutius.

ohne für ein Verbrechen eine Ausnahme zu machen. Die lex Julia Caesaris dagegen unterscheidet nach Cicero nicht zwischen vis publica und *privata*, setzt für die vis überhaupt eine und dieselbe Strafe fest, beschränkte aber die Provocation gerade bei Anklagen wegen vis. Es kann somit kein Zweifel seyn, daß Cäsars Gesetz ein ganz anderes ist, als die leges Juliae de vi publica et privata. Den einzigen Zweifel gegen dieses Resultat könnte eine Stelle aus Suetonius machen, in welcher derselbe einige Gesetze Augusts, unter diesen aber *nicht eine lex* de vi anführt [3]). Allein dieser Zweifel dürfte schon jedenfalls verschwinden gegen die aus dem Inhalte der leges selbst so bestimmt sprechenden Gründe. Dazu will ja Suetonius kein vollständiges Verzeichniß geben, sondern blos Beispiele anführen, und läßt dabei auch andere wichtige Gesetze Augusts, z. B. seine leges judiciales, weg. Auch ist der genannte Schriftsteller in seinen Nachrichten über Legislation weder sehr genau, noch vollständig, wie er namentlich von den Gesetzen Cäsars nur sehr wenig sagt, und gerade seine lex de vi und die de majestate nicht erwähnt.

Was nun den Inhalt der lex Caesaris de vi betrifft: so erklärt er sich leicht durch die Verhältnisse, unter denen die lex gegeben wurde. Empörende Gewaltthätigkeiten der Römischen Großen unter einander zerrütteten gerade vor und zu Cäsars Zeiten am meisten den Römischen Staat. Cäsar mußte daher zunächst

3) Octav c. 34. Leges retractavit et quaedam ex integro sanxit, ut sumtuariam, de adulteriis et de pudicitia, de ambitu, de maritandis ordinibus.

und mit der größten Strenge demjenigen steuern, wa in der letzten Zeit die Ruhe und Ordnung am meiste störte, den Gewaltthätigkeiten. Zwei Punkte waren hier hauptsächlich ins Auge zu fassen, die Strafe der vis und die Provocationen. Bei der Verdorbenheit und Verkäuflichkeit des Römischen Volks waren Provocationen an das Volk für den frechen Verbrecher das beste Mittel, sich Strafloſigkeit zu sichern [4]). Cäsar hob daher beim crimen vis das Recht der Provocation auf. Sodann erhöhte er die Strafe der vis, indem er die Strafe, welche Pompejus einmal für einen ganz auffallenden speciellen Vorfall durchgesetzt hatte, zur allgemeinen Strafe für die im Gesetze als vis bezeichneten Handlungen machte. Auf diese Weise erklärt es sich auch durchaus, wie Cicero gerade die eben angeführten Punkte als die wesentlichen der lex Caesaris de vi herausheben konnte, so wie dadurch erst recht dieses von dem Schriftsteller gewöhnlich als etwas ganz Isolirtes hingestellte [5]) Gesetz in eine wahre historische Anknüpfung an die früheren Gesetze und an die bestehenden öffentlichen Verhältnisse gesetzt wird [6]).

4) Man höre nur Cicero. Dieser sagt (Philipp I. 9.) über Antonius Vorschlag, die Provocation den vi *und* majestatis damnatis wieder einzuräumen: sed quid de lege (Antonii) disputo? quasi vero id agatur, ut quisquam provocet! id agitur, id fertur ne quis omnino unquam istis legibus reus fiat! Quis enim aut accusator tam amens reperietur, qui reo condemnato objici *se multitudini conductae velit?* aut judex, qui reum damnare audeat, ut ipse ad operas mercenarias statim protrahatur?

5) Man sehe z. B. nur Sigonius de judiciis II. 55. Heineccius antiquitatt. Rom. 10. 18. §. 68.

6) Es sind Viele, welche unter Berufung auf die im Anfange dieses §en ausgehobene Ciceronianische Stelle nicht eine lex Caesaris de vi, sondern eine lex Caesaris de

§. 13.

Lex Julia (Augusti) de vi publica et privata.

Man kann wohl, ohne ungerecht zu seyn, behaupten, daß die im §. 10. Not. 2. angeführten Schriftsteller über die leges Romanas in Demjenigen, was sie über die lex Julia de vi publica et privata geben, höchst ungenügend sind. Sie begnügen sich meist mit einer bald kürzeren, bald ausführlicheren Anführung dessen, was in den Pandekten sich über diese lex findet. Von einer Nachweisung eines Zusammenhanges derselben *mit dem* früheren Rechte ist bei ihnen gar nicht die *Rede*; eben so wenig von irgend einer Kritik in Beziehung auf ihren Inhalt. Diejenigen, welche sich ausführlicher auf diesen Inhalt einlassen, nehmen meist ohne Weiteres für den ächten Inhalt der lex das an, was im 6n und 7n Titel des 48n Buchs der Pandekten steht, und glauben, ganz hiernach die leges selbst restituiren zu dürfen, ohne näher zu untersuchen, ob denn auch wirklich Justinian in seinen Pandektenexcerpten uns gerade den ursprünglichen Inhalt der leges giebt[1]).

---

vi *et majestate* (als ein Gesetz) annehmen, z. B. Ernesti clavis Ciceron. v. lex Jul. de vi et maj. Bach histor. jurispr. R. ed. Stockmann. p. 195. Allein Cicero trennt ja, wie aus dem oben Angeführten erhellt, ganz bestimmt die lex de vi von der lex de majestate und spricht von *leges* Caesaris und von *duae* leges und *duae* quaestiones.

1) So z. B. Sigonius de judic. II. 35. Augustinus de legg. voc. Julia de vi publ. und Jul. de vi priv. Manutius de legg. R. c. 25. Heineccius l. c. Hoffmann l. §. 10. not. 2. cit. Der Letztere supplirt nur in einigen wenigen Punkten die Pandekten aus Paulus Sententiä, aber so, daß er zur vis publica stellt, was Paulus zur vis privata rechnet.

Ueber die Frage endlich, was zur vis publica und was zur privata von jenen Gesetzen gerechnet sey, begnügen sie sich meist mit einer bloßen Anführung entweder dessen, was Justinian in seinen Institutionen sagt, oder dessen, was in den Pandekten steht.

Ehe genauer auf die eigentliche Stellung der lex Augusti in der Geschichte des crimen vis und auf ihren Zusammenhang mit dem frühern Rechte eingegangen werden kann, muß hier eine Untersuchung vorangestellt werden, über den wahren Inhalt dieser lex, und den Unterschied, welchen sie zwischen vis publica und vis privata macht.

Für diesen Unterschied haben wir hauptsächlich drei Quellennachrichten, die eine von Justinian in den Institutionen, die andere durch die Excerpte in seinen Pandekten, in welchen bekanntlich ein besonderer Titel de vi publica, und ein anderer de vi privata handelt, und endlich das, was Paulus in seinen Sententiae anführt. Diese drei Quellen weichen aber unter einander in hohem Grade ab.

Paulus nämlich sagt in seiner Sententiae (V. 26.):

§. 1. Lege Julia de vi *publica* damnatur, qui aliqua potestate praeditus civem Romanum, antea ad Populum, nunc ad imperatorem, appellantem necavit. necarive jusserit, torserit, verberaverit, condemnaverit, inve publica, vincula duci jusserit. Cujus rei poena humiliores capitis, honestiores insulae deportatione coërcentur.

§. 3. Lege Julia de vi *privata* [2]) tenetur: qui quem *armatis* hominibus poſſeſſione, domo, villa, agrove dejecerit, expugnaverit, ob*ſederit*, cluſerit, idve ut fieret, homines commodaverit, locaverit, conduxerit; quive coetu, concurſu, turbam, ſeditionem [3]), incendium fuerit; funerari ſepelirive aliquem prohibuerit, funusve eripuerit, turbaverit; et qui eum, cui aqua et igni interdictum eſt, receperit, celaverit, tenuerit; quive cum telo in *publico* fuerit, templa, portas, aliudve *quid publicum* armatis obſederit, cinxerit, *cluſerit*, occupaverit. Quibus omnibus convictis, ſi honeſtiores ſint, tertia pars bonorum eripitur, et in inſulam relegantur, humiliores in metallum damnantur. — §. 4. Creditor chirographarius, ſi ſine juſſu praeſidis per vim debitoris ſui pignora, cum non habuerit obligata, acceperit, in legem Juliam de vi privata committit.

Dieſen Angaben von Paulus ſtehen aber direct entgegen der Inhalt der Pandektentitel ad legem Juliam de vi publica und de vi privata, und folgende zwei Aeußerungen Juſtinians, in welchen derſelbe den

2) Daß hier ſo geleſen werden muß, und nicht de vi publica *et privata*, (wie in der Basler Ausgabe und wie es Hotomanus Obſ. VII. 6. vertheidigt,) zeigt ſchon Cujacius notae ad Paul. h. l.

3) Es wird hier verſchieden geleſen, bald coe*tum*, tur*bam*, ſeditio*nem*, bald coe*tu*, tur*ba*, ſeditio*ne*, ſ. Schulting ad Paul. h. l. Daß die oben im Texte vorgezogene Leſeart am meiſten für ſich hat, zeigte ſehr gut Hofaker in dieſem Archive B. V. S. 116.

Unterschied zwischen vis publica und privata blos in das Bewaffnetseyn des Verbrechers legt:

J. IV. 18. (de publ. jud.) §. 8. Item lex Julia de vi publica seu privata adversus eos exoritur, qui vim vel armatum vel sine armis commiserint. *Sed si quidem armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Julia de vi publica irrogatur; si vero sine armis, in tertiam partem bonorum publicatio imponitur.*

J. IV. 15. (de interd.) §. 6. Qui autem aliquem de possessione per vim dejecit, tenetur lege Julia de vi privata aut de vi publica. *Sed de vi privata, si sine armis vim fecerit; sin autem cum armis eum de possessione vi expulerit, de vi publica.*

Auf diese Erklärungen Justinians hin, mit denen auch die Pandektentitel de vi einigermaßen, aber freilich durchaus nicht durchgängig, im Einklange stehen, nehmen Manche[4]) geradezu an, daß schon von der lex Julia die vis privata und publica blos nach dem Bewaffnetseyn unterschieden worden sey. Gegen diese Ansicht könnte man wohl schon das einwenden, daß ja Justinian in den Institutionen nicht sagt, die lex Julia hätte wirklich diesen Unterschied gemacht, sondern blos bemerkt, daß (jetzt zu seiner Zeit) die vis armata nach der lex Julia de vi publica, die non armata nach der lex Julia de vi privata bestraft werde. Bekannt und anerkannt ist es aber ja, daß Justinian die späteren Aenderungen in der Criminal-Legislation und Praxis immer den alten leges

4) S. die in Note 1. Angeführten.

unterschob, und so davon sprach, als ob sie in den alten leges schon gestanden hätten [5]). Deshalb können hier jene Stellen um so weniger entscheiden, als Justinian in denselben durchaus nicht so spricht, als ob er uns eine historische Notiz referiren wollte. Jedenfalls müßten noch andere Beweisgründe beigebracht werden können, wenn man annehmen soll, daß die leges Juliae selbst auf jene Weise distinguirt hätten. Solche scheinen nun allerdings die Pandektentitel de vi publica und de vi privata an die Hand zu geben. Denn in diesem wird Alles, was Paulus im §. 3. cit. zur vis *privata* rechnet, namentlich alle bewaffnete Gewalt, zur vis *publica* gestellt. Allein in ihnen stehen auch sehr viele Fälle unbewaffneter Gewalt unter der vis *publica*, mit der Bemerkung, daß die lex Julia de vi *publica* von ihnen handle [6]), so daß die vis *armata* auf keinen Fall den wesentlichen Charakter der vis *publica* hätte bilden können. Höchstens ließe sich Justinians Angabe dann damit vereinigen, wenn man sie so verstände, daß zwar unter die vis publica Fälle von unbewaffneter und von bewaffneter Gewalt, unter die vis privata aber blos Fälle unbewaffneter Gewalt gehören, so daß hiernach doch der Distinctiv-Charakter zwischen beiden Arten der vis noch einigermaßen im Bewaffnetseyn liegen könnte. Freilich aber spricht immerhin noch hiergegen, daß Justinian gerade zwei ganz gleiche Fälle von Gewalt unter beide leges stellt [7]) und daß er unter seine vis publica solche Fälle

5) Mein Lehrb. des Strafrechts B. II. S. 432.

6) D. XLVIII. 6. (ad l. Jul. de vi publ.) l. 7. 8. l. 10. l. 12.

7) D. XLVIII. 6. (ad l. Jul. de vi publ.) l. 10. §. 1. (Ulpian ad edict. 68) Hoc lege tenetur, et qui convo-

von unbewaffneter Gewalt stellt, welche in der Strafbarkeit offenbar unter manchen, zur vis privata gestellten Fällen von unbewaffneter Gewalt stehen [8]).

Schon dieses, und besonders aber das Zeugniß von Paulus muß uns zweifeln lassen an der Beweiskraft, welche die Pandekten-Excerpte, wie sie Justinian stellte und sonderte, für die ursprüngliche Bedeutung von vis publica und privata haben sollen.

Deshalb nehmen auch auf die Auctorität von Paulus Viele an, ursprünglich sey nach den leges Juliae blos diejenige Gewalt vis publica gewesen, welche ein Magistratus durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt begangen habe, privata dagegen jede von einem Privaten verübte [9]). Allein dies ist einestheils zu weit. Denn nach Paulus bildet nicht jede vom Magistratus durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt begangene vis eine vis publica. Anderntheils machen sich die Vertheidiger dieser Ansicht die Sache doch etwas zu leicht. Denn sie

catis hominibus vim fuerit, quo quis verberetur et pulsetur, neque homo occisus sit; vgl. mit D. XLVIII. 7. (ad l. Jul. de vi *priv.*) l. 2. (Scaevola Reg. 4.) Hac lege tenetur, qui convocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur, pulsaretur, neque homo occisus erit.

8) D. de vi publ. l. 5. pr. „qui per vim sibi aliquem obligaverit."

9) So schon Cujacius not. ad Paul. sent. V. 26. §. 2. Ferner Jac. Lectius ad Aemil. Macrum de publ. judiciis; in sp. ad l. 9. de sep. viol. (in Otto Thesaur. T. I. p. 73.) Phil. Matthaeus comment. in tit. Dig. de reg. jur. Marp. 1615. ad leg. 152. Ant. Matthaeus de criminib. ad lib. 48. tit. 4. cap. 1. §. 2. Gravina orig. III. 91; unter den Neueren namentlich Cropp praecepta jur. Rom. circa puniendum conatum delinquendi. Heid. 1815. Sect. II. p. 50. Hofaker in diesem Archive B. V. S. 116.

erklären uns nicht, wie denn der Pandektentitel de vi *publica* mit jener Ansicht in Harmonie gebracht werden soll. Sollen nämlich die Excerpte in dem genannten Titel auch ursprünglich de vi *publica* gehandelt haben, und also die Stellung ganz ächt seyn, die ihnen Justinian in den Pandekten giebt: so ist wohl zu bedenken, daß diese Excerpte aus den Schriften von Zeitgenossen des Verfassers der Sententiä genommen sind. Wie ist es aber dann zu erklären, daß, während Paulus in seinen unter Caracalla geschriebenen Sentenzen eine ganze Reihe von Fällen unter die lex Julia de vi *privata* stellt, alle diese Fälle, mit Ausnahme *eines* einzigen, von seinen Zeitgenossen, nämlich von Ulpian in seinen ebenfalls unter Caracalla geschriebenen Werken ad edictum und de officio Proconsulis, so wie von Marcian in seinen kurz nach Caracalla verfaßten Institutionen unter die lex Julia de vi *publica* gestellt werden [10])? Dieser grelle Widerspruch, der um so größer erscheint, als Paulus, wie man schon aus seinen Strafanführungen sieht, gerade auch von dem noch zu seiner Zeit geltenden Rechte sprechen will, müßte durch irgend eine Nachweisung gehoben werden. Diese geben uns aber die Vertheidiger jener Ansicht nirgends. Endlich ist auch jene Ansicht zu eng. Dies läßt sich aus zwei Gründen wohl bestimmt nachweisen. Nach jener Ansicht nämlich sollen blos Magistratus in Folge der leges Juliae eine vis publica haben begehen können, und allerdings steht auch in Paulus Sententiä als Fall der vis publica blos, wenn ein *potestate praeditus* civem Rom. ap-

10) Diese Punkte werden namentlich, wie von vielen Anderen, von Leotius l. c. gar nicht bedacht.

pellantem necarit, torserit, verberaverit, condemnaverit, inve vincula duci jusserit. Allein diesen Worten fügt Paulus bei: cujus rei poena *humiliores* capitis, *honestiores* insulae deportatione coercentur. Nun paßt aber ja auf die *potestate praeditos* die Unterscheidung zwischen humiliores und honestiores gar nicht! Sie sind ja sämmtlich honestiores und in honore positi. Deshalb müssen offenbar noch andere Handlungen, und solche, die auch ein humilior begehen konnte, zur vis publica gehört haben, und von Paulus an dieser Stelle angeführt, und nur von den Westgothen ungeschickterweise ausgelassen worden seyn [11]). Der andere Grund liegt in D. XLVIII. 20. (de bon. damnator.) l. 3. Hier sagt Ulpian: den Frauen confiscire man ihre Dos, wenn sie wegen vis *publica* verurtheilt werden. Hiermit kann nun aber jene oben angeführte Ansicht nicht bestehen. Denn nach ihr hätten ja zu Paulus, und also auch zu Ulpians Zeiten nur Magistratus, also nicht auch Frauen, eine vis publica begehen können. — Diejenigen endlich, welche eben geradezu annehmen, was Justinian in den Pandekten zur vis publica rechne, sey schon eben so Inhalt der lex Julia de vi publica gewesen, und hiernach die leges Julias restituiren (s. Note 1.), kannte theils Paulus

11) Schon Schulting ad h. l. sagt: „Miror hic distingui inter humiliores et honestiores, cum hactenus egerit tantum Paulus de illis, qui potestate aliqua sunt praediti et quidem *majore*. Vereor, ne alia quoque hic retulerit Paulus, quae ad hanc legem *olim* pertinuerint, quae a privatis quoque patrantur." Nur das *olim* möchte nicht ganz richtig seyn. Auch dürfte sich ziemlich bestimmt nachweisen lassen, was hier bei Paulus ausgefallen seyn mag. S. unten.

noch nicht, theils übergehen sie auf eine unbegreifliche Weise die unübersteigliche Schwierigkeit, welche für diese Ansicht Paulus macht, indem ja beinahe alle Fälle, welche Paulus zur vis privata rechnet, in den Pandekten zur publica gezählt werden. Auch entging ihnen eine, für solche Fragen wichtige Rücksicht, auf welche neuerlich in einer sehr tüchtigen criminalistischen Abhandlung aufmerksam gemacht wurde [12]). Bekanntlich wurde nämlich, was die alten leges judiciorum publicorum betrifft, durch spätere Senatsbeschlüsse und Constitutionen, so wie durch die Römische Praxis die Strafe einer lex auf manche Handlungen erstreckt und angewendet, von denen die lex selbst gar nicht sprach. Wenn es daher in unsern Quellen nicht heißt: hac lege cavetur, jubetur, lex praecipit teneri, sondern blos gesagt wird: *punitur hujus legis poena, in eadem causa sunt, item tenetur, eadem poena adficiuntur* und dergleichen: so können wir nicht unbedingt davon ausgehen, daß der dabei bezeichnete Fall ursprünglich in der lex gestanden habe, sondern müssen hier die Möglichkeit einer spätern Erstreckung der lex auf einen von ihr nicht berührten Fall annehmen. Ausdrücke der letztern Art sind aber nur gerade im Titel de vi publica sehr häufig, und es ergiebt sich schon hierdurch mit großer Wahrscheinlichkeit die Unrichtigkeit derjenigen Ansicht, nach welcher Alles, was in diesem Titel steht, schon nach der lex Julia zur vis publica gehört haben soll.

So läßt sich daher keine der bisher aufgestellten Ansichten über den ursprünglichen Unterschied zwischen

12) Frid. Dan. Sanio Obss. ad leg. Corneliam de sicariis part. 4. Regiom. 1827. 8. p. VII.

vis publica und privata rechtfertigen[13]). Dürfte nicht dagegen Folgendes ſich eher vertheidigen laſſen?

§. 14.

Leges Auguſti. (Fortſetzung.)

Meine Anſicht über dieſe Frage geht nämlich dahin:

Vis publica iſt nach der *lex Julia* in acht[1]) Fällen vorhanden, welche ſich ſämmtlich auf öffentliche Verhältniſſe beziehen; nämlich

1) Wenn ein Magiſtratus gegen einen Römiſchen Bürger mit Tortur, Verurtheilung oder Strafvollziehung ungeachtet einer eingelegten Berufung einſchreitet[2]).

---

13) Außer den angeführten Anſichten giebt es freilich auch noch einige andere. Allein dieſe verdienen wohl keine beſondere Widerlegung, ſo viel ſie mir wenigſtens bekannt ſind. So behauptet z. B. Bach hiſt. jur. Rom. ed. Stockmann 6. pag. 548., zur vis publica habe gehört qui poteſtate aliqua praediti civem R. provocantem ſupplicio adfeciſſent, *et qui telis armatisque hominibus* vim feciſſent, *maxime* ad remp. conturbandam. Die lex Julia de vi privata dagegen ſey „adverſus *privatos*, qui *cum armis* tum ſine armis, privatae rei cauſa vim feciſſent, ſancita." Er beruft ſich dabei auf die Pandekten, Paulus und Schulting. Allein was er ſagt, paßt auf keine ſeiner Quellen, und enthält auch zum Theil in ſich einen Widerſpruch.

1) Ich nenne hier vorläufig acht Fälle. Von einem neunten ſcheint es mir zweifelhaft, ob er zur vis publica, oder zur privata gehörte. S. unten §. 16.

2) Paulus Sentent. V, 26. §. 1., damit übereinſtimmend Ulpianus de offic. proconſ. VIII. (D. de vi publica l. 7.) Lege Julia de vi publica tenetur, qui, cum imperium poteſtatemve haberet, civem Rom. adverſus provocationem necaverit, verberaverit, juſſerit ve qui fieri, aut quid in collum injecerit, ut torqueatur.

2) Wenn Gesandte oder ihre Begleitung vergewaltigt werden [3]).

3) Wenn ein Angeklagter mit Gewalt verhindert wird, sich vor dem Richter zu rechter Zeit zu Rom zu stellen [4]).

4) Wenn die Unabhängigkeit und Sicherheit der Gerichte durch Gewalt gefährdet und vom Richter ein Spruch erzwungen wird. [5]).

5) Wenn Jemand gezwungen wird, öffentliche Spiele oder Austheilungen an das Volk zu versprechen [6]).

6) Wenn Jemand in einer Volksversammlung oder an einem Gerichtsorte in der Absicht, Gewalt auszuüben, bewaffnet erscheint [7]).

7) Wenn Jemand neue ungesetzliche Abgaben gewaltsam eintreibt [8]).

---

3) D. und Ulp. l. c.

4) D. de vi publ. l. 8. (Maecian. publicor. V.) Lege Julia de vi publica cavetur, ne quis reum vinciat impediatve, quo minus intra certum tempus adsit. Dies könnte sich leicht auch auf Provocationen beziehen.

5) D. de vi publ. l. 10. pr. (Ulpian. ad edict. LXVIII.) Qui dolo malo fecerit, quo minus judicia tuto exerceantur, aut judices, ut oportet, judicent, vel vis, qui potestatem imperiumve habebit, aliter, quam ejus erit, decernat, imperet, faciat.

6) So wird man doch wohl folgende Worte der l. 10. cit. nehmen müssen: „qui *ludos pecuniamve* ab aliquo invito polliceri, publice privatimve per injuriam exegerit."

7) l. 10. cit. item qui cum telo dolo malo in concione fuerit, aut ubi judicium publice exercebitur.

8) D. de vi publ. (Paul. lib. Sig. ad S. C. Turpill.) Qui nova vectigalia exercent, lege Julia de vi publica tenentur. Vergl. aber D. XLVIII. 14. (de leg. Jul. amb.) l. un. §. 5.

8). Wenn Jemand durch Sclaven oder eine gedungene Menschenmenge auf die Wahlen gewaltsam einzuwirken sucht [9]).

So nahm daher die lex Julia de vi *publica* beinahe lauter Fälle in sich auf, von welchen die ältern leges de vi gar nicht gehandelt hatten.

Zur vis *privata* gehörten außer diesen acht Fällen alle übrigen Fälle, von denen die leges Juliae handelten. Allein die lex Julia de vi *privata* umfaßte keineswegs alle übrigen verbrecherischen Gewaltthätigkeiten überhaupt, sondern zählte nur eine Reihe von strafbaren Fällen und unter diesen namentlich Fälle bewaffneter Gewalt auf, gerade beinahe durchaus alle die Fälle, von welchen die *lex Plotia de vi* handelte. Die von ihr wie schon von der lex Plotia übergangenen Fälle fielen theils unter andere Criminalgesetze, theils konnten bei ihnen blos Privatklagen eintreten, und erst nach und nach kam durch die Praxis der Grundsatz auf, daß alle wahren Gewaltthätigkeiten nach den leges Juliae behandelt werden können. Zu Ulpians Zeit galt dieser letztere Grundsatz als ein unbestrittener. Das Bewaff-

9) Paulus Sentent. V. 30. A. Petiturus magistratum vel provinciae sacerdotium, si turbam suffragiorum causa conduxerit, servos advocaverit, aliamve quam multitudinem conduxerit, convictus, *ut vis publicae reus*, in insulam deportatur. Bei diesem Fall könnte man zweifeln, ob er ursprünglich schon zu der lex Julia de vi publica gehörte, weil dies in der angeführten Stelle nicht bestimmt gesagt ist. Allein schwerlich hatte man doch in den späteren Zeiten der Monarchie nach Augusts Veranlassung, die auf die Wahlen sich beziehenden Strafgesetze zu verschärfen (vgl. D. XLVIII. 14. de lege Jul. amb. l. un.), und so spricht wohl weit mehr für die Annahme, daß jener Fall nicht erst später unter die vis publica geschoben wurde.

netseyn aber konnte sowohl bei der vis privata; als bei der publica vorkommen, und bildete durchaus nicht ein Unterscheidungsmerkmal zwischen beiden Arten der vi. Vielmehr waren gerade die Hauptfälle der vis *privata* Fälle bewaffneter Gewalt, in den meisten Fällen der vis publica aber Waffen gar nicht nöthig. Justinian ist es erst, der das Bewaffnetseyn als Distinctivcharakter zwischen vis publica und privata aufstellte, höchstwahrscheinlich durch ein Anschließen an eine Praxis seiner Zeit. (§. 19. 20.) Um hiermit seine Pandekten *in* Einklang zu setzen, versetzte er Stellen aus *Ulpian* und Macer, welche von der vis privata handelten, in den Titel ad legem Juliam de vi *publica*, und interpolirte auch dem gemäß an einer andern Stelle[10]).

(Die Fortsetzung folgt im nächsten Hefte.)

10) Nämlich das „publica" in D. XLVII. 12. (sepulcro viol.) l. 8. — Das „sine armis" in D. de vi priv. l. 5. braucht man auch bei meiner Ansicht nicht für eine Interpolation Justinians zu nehmen, wie aus dem unten §. 16. Not. 15. zu Bemerkenden erhellen wird.

II.

Ueber
Verbrechen und Disciplinar-Vergehungen der Staats- und Kirchendiener.

Von
Heffter.

Die rechtliche Natur des Staatsdienstes ist in neuern Zeiten Gegenstand mehrfacher Untersuchungen gewesen und größtentheils durch Verfassungs-Urkunden, wie durch besondere Gesetze in vielen Staaten bestimmt worden. In der gegenwärtigen Abhandlung soll versucht werden, die jetzt herrschenden Grundsätze über Verbrechen und Vergehungen der Staats- und Kirchendiener unter allgemeine Gesichtspunkte zusammenzustellen, mit vorzüglicher Hinsicht auf die Bedürfnisse der Wissenschaft des gemeinen, durch keine Landesgesetze näher bestimmten Rechts. [1])

I. Allgemeine Grundsätze.

§. 1.

Begriff und Arten der Staatsdiener.

Staatsdiener, oder, wenn man will, landesherrliche Diener zur Verwaltung der Staatsinteressen in wei-

1) Die Litteratur dieses Gegenstandes ist zur Zeit noch völlig unbefriedigend.

weitern Sinne, sind alle diejenigen, welche im Staat zu einer besondern geistigen oder körperlichen Thätigkeit in den Angelegenheiten des Ganzen ausdrücklich verpflichtet sind. Sie theilen sich in Civil- und Militärdiener, von welchen letztern hier nicht weiter gehandelt wird, außer insofern darunter auch solche Staatsdiener begriffen sind, die abgesehn von dem eigentlichen Militärdienst mit oder bei einer Verwaltung für denselben beschäftigt werden; Civildiener aber sind wieder entweder solche, welche zur Verwaltung von Hoheitsrechten als beschließende oder blos ausführende Organe angestellt sind, es sey auf Permanenz oder auf bloße Commission (Verwaltungsbeamte im weitesten Sinne mit Einschluß der Justizdiener), oder solche, die nur für die Interessen und Bedürfnisse der Unterthanen (für das Publicum) vom Staat angesetzt und mit einem öffentlichen Charakter versehen sind; z. B. Advocaten, Procuratoren, Aerzte, Hebammen u. dgl. (patentirte Staatsdiener). Endlich sind die Civil-Staatsdiener entweder unmittelbar — von der Staatsgewalt selbst angesetzt und unter deren unmittelbaren Leitung und Controle stehend —, oder mittelbar, von privilegirten Personen und selbstständigen Corporationen angesetzte, welche jedoch nur in so fern zur Kategorie der Staatsdiener gehören, als ihnen die Besorgung allgemeiner Staatsinteressen obliegt und sie nicht etwa blos für die individuellen und patrimonialen Angelegenheiten solcher Personen angestellt sind, wie z. B. mit städtischen Kämmereibedienten, Syndicis, Flurschützen, standesherrlichen Haus- und Hofofficianten der Fall ist. Dergleichen Privatbeamte können, wo nicht die Verfassung ein Anderes bestimmt, nur als Privatverwalter ange-

sehen werden, obwohl man nicht selten, vorzüglich wenn sie in Gemeindediensten angestellt sind, das Recht der Staatsdiener analogisch auf sie angewendet findet [2]). — Ganz von diesem Recht auszuschließen ist dagegen die Hofdienerschaft des Souveräns und seiner Familie, welche allein nach dem besondern Hofrecht zu beurtheilen ist, wenn nicht auch auf sie das Recht der Staatsdiener ausgedehnt worden ist, was an sich nicht zu vermuthen steht [3]). Pensionirte oder quiescirte Staatsdiener gehören nur secundum quid in den Kreis der gegenwärtigen Untersuchung.

§. 2.

Kirchen- und Schuldiener.

Kirchendiener (ministri ecclesiae) sind uns alle diejenigen Personen, welche bei einer im Staat unter dessen Autorität bestehenden Kirche ein bestimmtes officium haben [4]) — also nicht alle Kleriker der katholischen Kirche ohne Unterschied, sondern nur hauptsächlich diejenigen, welche noch in Gemäßheit des Tridentinischen Conciliums Anspruch auf den privilegirten Gerichtsstand haben [5]) — wozu, bei den Protestanten wenigstens,

2) Namentlich schon im römischen Recht bei dem crimen ambitus und de residuis.

3) S. überhaupt wegen des Begriffs und der Eintheilung der Staatsdiener Klüber's öffentliches Recht d. t. Bunds des §. 487. 5. A., auch des Verf. Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht. 1829. I. S. 107 ff. und wegen des Anfangs des Staatsdienstes ebend. S. 158 ff.

4) Ministri ecclesiae sunt, qui certo coetui fidelium seu ecclesiae cum munere sacro praepositi sunt, velut Episcopi. J. H. Boehmer. J. E. P. V. 37. §. 60. Vgl. Carpzov Jprud. Consist. Illudef. 75.

5) Also nicht die Clerici, die blos die prima tonsura haben oder minoris ordinis sunt, nisi beneficium ecclesiasticum habeant, aut, clericalem habitum et ton-

häufig noch die Schullehrer [6]) mitgerechnet werden, da sie meist auch den Consistorien unterworfen sind. Die Mitberücksichtigung der kirchlichen Dienstpragmatik bei Verbrechen und Strafen ist um so wichtiger, weil dieselbe nach der größern Ausbildung, die sie seit viel längerer Zeit, als die Staatspragmatik, erhalten hat, vorzüglich im gemeinen Recht auch für letztere oft noch die einzige Analogie gewährt. Uebrigens darf allerdings nicht vergessen werden, daß es wesentlich auf das Verhältniß einer jeden Kirche zum Staat ankommt, inwiefern die Eigenschaft oder die besondern Verbrechen der Kirchendiener auch in dem weltlichen Strafrecht des Staats in nähern Betracht kommen, oder ob sie einer Gerichtsbarkeit der Kirche selbst anheimfallen [7]).

§. 8.

Unterschied von Dienstverbrechen, Dienstvergehungen und gemeinen Verbrechen der Staats- und Kirchendiener.

Die Handlungen und Begehungen, wodurch sich ein Staats- oder Kirchendiener **straffällig** machen kann, sind: entweder **gemeine Verbrechen**, wobei die amtliche Stellung schlechterdings keine rechtliche

---

suram deferentes, alicui ecclesiae ex mandato Episcopi inserviant, vel in Seminario aut in aliqua schola vel universitate de licentia Episcopi quasi in via ad majores ordines suscipiendos versentur. Sess. XXIII, de reform. c. 6. Vgl. Meisters Einl. z. peinl. Rechtsgelehrs. S. 690 ff.

6) Vgl. Carpzov. a. a. O.

7) Die Judenrabbiner sind nicht ohne Weiteres als Kirchenbeamte zu betrachten, ja nicht einmal als beamtete Jugendlehrer. Selbst da also, wo die Juden und ihre Gemeinden bürgerliche und politische Rechte haben, treten die Rabbiner doch nicht in die Reihe öffentlich Angestellter. Vgl. v. Kamptz Annalen der pr. St. Verw. V. S. 566. VII. 848 ff.

oder factische unmittelbare Voraussetzung abgiebt; oder es sind Verbrechen im Dienste (Franz. forfaitures), welche in einem unmittelbaren Zusammenhange mit den Amtsverhältnissen des Verbrechers stehen, und diese zerfallen wieder in gemeine Verbrechen im Dienste d. h. solche gemeine Verbrechen, zu deren Begehung das Amtsverhältniß eine unmittelbare Veranlassung oder Gelegenheit darbot und womit zugleich eine Verletzung der Dienstpflicht concurrirt; oder in eigentliche Dienstverbrechen, welche lediglich in der Verletzung einer bestimmten Dienstpflicht bestehn. Nicht jede Verletzung einer solchen ist aber sofort ein Verbrechen, sondern nur diejenigen sind es, welche durch verbindliche Strafrechtsnormen in einem Staate mit Strafe bedroht sind [8]). Alle andere Dienstwidrigkeiten und Pflichtverletzungen können nur einen civilrechtlichen Anspruch begründen oder auch das Einschreiten der dem Staate oder der Kirche über ihre Diener zustehenden Disciplinargewalt rechtfertigen, und in letzterer Hinsicht lassen sie sich durch Dienstvergehungen, Dienstexcesse [9]), Disciplinarvergehungen passend bezeichnen.

---

8) S. vorzüglich Martin beidelb. Rechtsgutachten u. s. w. I. S. 24 ff. 33. — J. H. Boehmer de excessuum poenis (Exercitatt. ad Pand. Tom. VI. p. 1 sqq., besonders p. 19 sqq.)

9) Ueber das Wort *Excessus* s. J. H. Boehmer l. c. und J. E. Prot. V. 51. p. 508 sqq.

§. 4.

Rechtliche Natur der besondern Strafen gegen Staats- und Kirchendiener.

Alle staatsbürgerlichen Strafen leiden zwar in der Regel auch auf Staats- und Kirchendiener [10]) wegen weltlicher Verbrechen Anwendung, doch giebt es auch bei ihnen noch einige besondere Strafen, welche hier kürzlich erörtert werden sollen. Es sind bekannter Maaßen folgende:

1) **Zeitliche Dienstentsetzung**, suspensio, interdictio ab officio. Im römischen Recht finden wir diese Strafe sowohl bei wirklichen officiis, als auch in Bezug auf öffentliche, Jedem unter gewissen Bedingungen freistehende Functionen, wie bei der Advocatur [11]); bei kirchlichen Aemtern ist der Gebrauch dieser mehr heilen sollenden, als ahndenden Strafe längst, sowohl im katholischen, wie auch im protestantischen Kirchenrecht entschieden [12]) und ebenso im Staatsdienst keinem Zweifel unterworfen [13]). Daß man sie meist nur auf Monate und nicht leicht über ein halbes Jahr erkenne, ist wohl als ein naturale dieser Strafe im Staatsdienst anzusehen [14]). Der Verlust des Dienst-

10) Daß das canonische neue Recht auch Geldbußen anerkenne, darüber s. Concil. Trident. sess. XXV. de ref. c. 3. Benedicti XIV. de Synodo dioecesana lib. X. c. 9. (Tom. II. p. 20. ed. II. Rom. 1764. 4.) Und wegen der kirchlichen Strafen überhaupt Renazzi Elem. jur. crim. lib. II. (p. 258. ed. 7.)

11) L. 3. §. 1. D. de decur. l. 9. D. de poenis.

12) S. vorzüglich Boehmer Jus Paroch. VIII. 2, 14 sqq. Wiese Handb. d. Kirchenr. II. S. 94.

13) Stryck de suspensione ab officio (Sel. diss. Vol. IV. disp. 4.).

14) Vgl. Quistorp Grundriß des p. Rechts §. 81. Nach dem katholischen Kirchenrecht kann sie jedoch auch bis zur

einkommens oder des beneficii versteht sich, wenigstens nach dem canonischen Recht, nicht allezeit von selbst, da es auch eine bloße suspensio ab officio und nicht simul a beneficio giebt [15]), wogegen Carpzov (Jurispr. Consist. III. 113. 4 und 5.) dem Suspendirten schlechthin den Anspruch auf Dienstgehalt abspricht. Dies dürfte dann auch wohl jetzt die gewöhnlichere praktische Ansicht im Staatsdienst seyn [16]), wiewohl es immer rathsamer bleibt, ausdrücklich mit auf den Verlust des Diensteinkommens zu erkennen. Uebrigens hat der unverkennbare Nachtheil, den eine solche Strafe bei wirklichen Kirchen- und (nicht blos patentirten) Staatsdienern für den Dienst selbst mit sich bringt [17]), die Folge gehabt, daß höchst selten von diesem Strafmittel außer gegen solche patentirte Staatsdiener, Advocaten, Notarien u. s. w. Gebrauch gemacht wird. Nur als provisorisches Mittel während der Untersuchung erscheint es nothwendig und nützlich.

2) Die Entziehung des Amtes, privatio s. amissio officii et beneficii. Hierbei machen sich folgende Unterschiede bemerklich:

Besserung auf unbestimmte Zeit dauern. Walter Kirchenrecht §. 197. Not. o. Schmitt Institution. J. Eccles. lib. V. tit. 6. p. 15. not. g.

15) S. Schmitt l. c. §. 15. Sauter J. Eccles. §. 1207. J. H. Boehmer J. Parochiale VIII. 2. 15. Renazzi l. c. p. 275 sq. Vgl. übr. Wiese Handb. d. Kirchenr. II. S. 95.

16) Vgl. z. B. Tittmann Strafrechtsw. §. 74. S. auch Großh. hess. Dienstpragm. v. 1820. §. 24. Anders bei blos provisorischen Suspensionen. S. unten §. 17. Anders auch die sächsische Consistorial-Praxis. Weber system. Darst. des im K. Sachsen geltenden Kirchenr. II, 2. S. 453.

17) J. H. Boehmer J. Paroch. VIII. 2, 16. Leyser p. 650. med. 11.

a. In Ansehung der Extension des Strafleidens,
   aa. Amtsentziehung, jedoch mit Versetzung auf eine andere geringere Stelle[18]) (translatio s. translocatio);
   bb. einfache Amtsentziehung, jedoch unter Beibehaltung des etwanigen Beamtenstandes, oder der Fähigkeit dazu (dimissio);
   cc. Amtsentziehung mit gänzlichem Verlust aller Rechte des Beamtenstandes und mit bleibender Unfähigkeit dazu.
b. In Ansehung der Form,
   aa. die blos administrative Dimission oder Versetzung, welche von der Staatsgewalt oder von einzelnen vorgesetzten Staatsbehörden im Verwaltungswege innerhalb ihrer verfassungsmäßigen Befugnisse beschlossen und verfügt werden kann. Eine solche gehört an sich nicht zu den Criminalstrafen und darf auch die Natur derselben nicht nicht annehmen, sonst würde sie eine Rechtsverletzung enthalten[19]). Doch hat man sie in neuern Zeiten unter die disciplinaren oder dienstpolizeilichen Mittel aufgenommen und in dieser Beziehung wird sie weiter unten wieder vorkommen;

---

18) Vgl. wegen des canonischen Rechts J. H. Boehmer J. E. P. I. 1, 7, 19. Walter's Kirchenr. §. 251. — Die bloße Versetzung auf eine völlig gleiche Stelle ohne Schmälerung der Einkünfte und Standesehre kann nie unter die Strafen gerechnet werden. Jeder Staatsdiener muß sich einer solchen in der Regel unterwerfen (Beitr. z. d. Staats- u. F. R. I. S. 139.), womit fast alle neuen Verfassungen übereinstimmen.

19) Vgl. Cramer Opusc. T. IV. p. 477 sqq. Pfeiffer's prakt. Ausff. Bd. I. S. 281 ff. III. S. 352 ff. 365 ff.

bb. die richterliche Amtsentsetzung, welche nur justa ex causa, praevia causae cognitione durch Erkenntniß Statt findet [20]). Ihre verschiedenen Erscheinungen sind:

α. Absetzung mit Versetzung auf einen geringern Posten in poenam [21]) (Degradation bei Staatsdienern genannt);

β. Dienstentsetzung schlechthin (depositio, remotio ab officio). Daß diese Strafe „allemal einen Nachtheil der Ehre nach sich ziehe und einer Leibesstrafe gleich zu achten sey", wie Quistorp a. a. O. mit Bezug auf Selchow (Rechtsff. Bd. 3. n. 88. S. 222.) behauptet [22]), und also, wenn diese Wirkung nicht eintreten soll, die Ehre ausdrücklich vorbehalten werden müsse, — ist eine von den unklaren und grundlosen Annahmen, dergleichen sich so viele bei ältern Criminalisten über die Natur der Strafen finden, so daß man schwerlich veranlaßt seyn kann, eine solche Meinung noch

---

20) Vgl. J. H. Boehmer J. E. P. V. 57. §. 97 sqq.

21) Daß diese nach gleichen Grundsätzen mit der Absetzung schlechthin zu behandeln, unterliegt keinem Zweifel. Vgl. Walter's Kirchenr. §. 251. Carpzov Jurispr. Consist. III. 118. 124. J. H. Boehmer l. c. I. 7. §. 19 sqq., der jedoch mit Recht schon auf die Uebelstände und das Ungeeignete einer solchen Strafart in kirchlichen Aemtern aufmerksam gemacht hat. Vgl. Stryck de translocatione ministror. eccles. Hal. 1743. Leyser sp. 650. med. 39 f., der auch in med. 38 eine Emeritirung mit Adjungirung als eine milde Modification der Entlassung zur Strafe annimmt.

22) Auch Carpzov sagt l. c. def. 122. n. 2.: actus remotionis non minimi est praejudicii, quia depositus non saltem (solum?) *existimatione periclitatur*, sed etiam reditibus privatur.

jetzt zu theilen, wo man sich immer mehr darüber verständigt hat, daß die juristische Infamie nicht blos in der Meinung des Volks, sondern in dem Verlust bestimmter Rechte bestehen könne. Da nun in der bloßen Dienstentsetzung nur der Verlust eines Rechts ihrer Natur nach enthalten, und schlechterdings nicht erweislich ist, daß damit auch andere Wirkungen verbunden seyn müßten, so bedarf es auch keiner ausdrücklichen Ausschließung derselben. Infamie kann nur dann die Begleiterin der bloßen Amtsentsetzung seyn, wenn *jene* wegen des Verbrechens selbst, oder auch schon sonst als selbstständige Strafe mit eintreten müßte. Daß namentlich durch die Deposition an sich (depositio verbalis der Canonisten) der katholische Geistliche noch nicht den status clericalis und die damit verbundenen privilegia verliere, ist bekannt genug, und selbst bei den Protestanten hält man den abgesetzten Kirchendiener nicht schlechthin für unfähig, ein anderes Kirchenamt zu erlangen [23]); es fehlt also der obigen Ansicht sogar die Analogie des canonischen Rechts;

γ. Dienstentsetzung mit Unfähigkeit zu fernern Staats- oder Kirchenämtern (dort gewöhnlich Cassation, hier Degradation [24]) genannt), wodurch allerdings eine bestimmte Ehrlosigkeit entsteht, nach Analogie der militärischen Exauctoratio. Aeltere Gesetze und

23) J. H. Boehmer V, 57. §. 128. Weber sächs. Kirchenr. II, 2. 464.

24) Boehmer l. c. §. 112 sqq. Walter a. a. O. §. 197. n. 4. Kayser de p. degradationis tam eccles. quam civilis. Giess. 1755.

Theorieen werfen nicht selten die beiden zuletzt erwähnten Categorien (β, γ) in Eins zusammen, dagegen unterscheidet das baiersche StGesetzbuch sehr genau: Degredation — Dienstentlassung — Dienstentsetzung. —

Noch ist übrigens zu bemerken:

1) daß nach unsern Sitten die Zuerkennung einer entehrenden Strafe von selbst auch den Verlust des Staatsdienstes und der Berechtigung dazu nach sich ziehen muß [25]), nicht blos bei wirklichen Staats-, sondern auch Gemeinde-Aemtern;

2) daß, wenn ein Gesetz auf ein Verbrechen Dienstentsetzung verordnet, damit nicht etwa blos das zufällig mit dem Verbrechen in Verbindung gesetzte Amt, sondern auch jedes Nebenamt verwirkt wird [26]).

3) daß nach dem canonischen Recht aus jedem infamirenden Delict (über dessen Begriff sich freilich streiten läßt), wenigstens eine Irregularität entsteht [27]).

Auf pensionirte, in Ruhestand versetzte Staatsdiener [28]) leiden natürlich die poenae propriae activer Staatsdiener keine Anwendung, wohl aber auf solche, die nur auf Wartegeld gesetzt sind. Was die Pensionirten betrifft, so wird freilich nicht zu läugnen seyn, daß Verbrechen, die sie schon während ihrer

25) In Preußen namentlich, wenn ein Officiant Zuchthausstrafe erlitten hat (v. Kamptz III. S. 296.) und wenn auf mehr als einjährigen Festungsarrest erkannt wird. Ges. S. v. 1815. S. 5. u. Cab. O v. 17. Sept. 1805. Ameslang im N. A. IV. S. 207 ff.

26) Vgl. Großh. hessisches Gesetz v. 9. März 1824. §. 2. 5. Henke Handb. der C. R. Wiss. III. S. 485.

27) Vgl. v. Droste Grds. d. gem. Kirchenr. II. S. 27 ff.

28) Anders bei blos emeritirten Kirchendienern, denen ein Adjunct zwar gegeben, jedoch die Verrichtung ihres Amtes nicht schon völlig entzogen ist.

Amtsführung verübt haben, oder deren sie sich nachher schuldig gemacht haben, einen rechtlichen Einfluß auf den Pensionsbezug äußern müssen oder dürfen. Nur wird man dabei nicht nach einem Princip entscheiden können. In Staaten, wo Pensionen lediglich blos als Gnaden betrachtet werden, kann die Entziehung derselben auch nur der höchsten Staatsgewalt selbst überlassen bleiben. Wo man sie aber als Recht fordern kann, da gehört es unstreitig auch zur richterlichen Competenz, wegen begangener Verbrechen die Pension und den Beamtenstand nach Analogie der Bestrafung wirklicher Beamten zu entziehen. Gegenstände dieser Art sollten immer durch die Pensionsreglements regulirt werden [29]).

§. 5.

Einfluß gemeiner Verbrechen auf die amtliche Stellung der Staatsdiener.

Bei gemeinen Verbrechen eines Staatsdieners, welche mit den Dienstpflichten durchaus in näherer Verbindung nicht stehen, kommt es hauptsächlich nur darauf an, welchen Einfluß das Strafverfahren und Strafleiden auf die amtliche Stellung haben könne. Denn an sich kann es zwar keinen Unterschied machen, ob ein ge-

29). Merkwürdig ist der von einer K. pr. Cab. O. v. 21. März 1825. (Ges. S. 147.) gemachte Unterschied: 1) Wenn der pensionirte Beamte eines frühern Verbrechens überführt wird, wodurch er Dienstentsetzung verwirkt hätte; hier Verlust der Pension. 2) Wenn er sich später eines gemeinen, bei Beamten mit Cassation zu strafenden Verbrechens schuldig gemacht hat; hier nur Verlust der Pension auf die Dauer der Strafzeit. Außerdem wird jedoch auch noch die ganze Pension wegen betrügerischen Creditsuchens und Erborgens verwirkt. V. v. 28. Sept. 1806. §. 8. 10. Wegen des Großherzogthums Hessen s. Gesetz v. 9. März 1824. §. 6.

wöhnlicher Staatsbürger oder ein Beamter ein gemeines Verbrechen begangen habe. Aber die Politik muß sehr natürlich auf die Frage gerathen, ob wohl Jemandem, der sich als Mensch eines Verbrechens verdächtig oder erweislich schuldig gemacht hat, ein Staatsamt provisorisch oder definitiv fernerhin anvertraut bleiben könne. Ueber den ersten Theil der Frage, d. h. über die provisorische Entsetzung wird im §. 17. im Zusammenhang die nöthige Auskunft ertheilt werden; was aber den zweiten Theil betrifft, so läßt sich zwar im Allgemeinen der Satz aufstellen, daß jeder Staatsdiener sich vor Allen den gemeinen Bürgerpflichten gemäß betragen muß, und daß er also nach Begehung eines gemeinen Verbrechens auch nicht mehr für würdig erachtet werden könne, ein auf jene Voraussetzung hin übertragenes Amt zu bekleiden; indessen würde gewiß zu weit gegangen werden, wollte man diesen Satz bei großen und kleinen Verbrechen ohne Ausnahme anwenden; es giebt Verbrechen, für welche der Verlust des Dienstes schon an und für sich als ein unverhältnißmäßiges Strafleiden erscheinen muß und wo es daher ungerecht und unbillig seyn würde, dasselbe überhaupt eintreten zu lassen, oder es noch mit andern Strafleiden zu cumuliren. Hier bedarf es also entweder gesetzlicher Bestimmungen, oder man muß sehr Vieles dem richterlichen Gutachten überlassen wollen; was bedenklich ist.

So viel nun zuvörderst das röm. Recht anbetrifft, so fehlt es darin überall an genauern Bestimmungen und zwar sehr natürlich um deswillen, weil, so lange Jemand ein höheres obrigkeitliches Amt bekleidete, überhaupt eine Anklage wegen eines öffentlichen oder Privat-

delicts unmöglich war [30]); bei niedern, z. B. Municipalämtern, mußte begreiflich die Beibehaltung oder der Verluſt davon abhängen, ob die erkannte Strafe nicht etwa eine consumtio existimationis oder doch Infamie nach ſich zog, oder das Delict nicht ſchon ſelbſt. In beiden Fällen konnte ſelbſtverſtanden von einer Beibehaltung ehrenvoller Aemter nicht mehr die Rede ſeyn [31]). Schwieriger iſt die Frage nach dem neuern gemeinen Recht, in welchem es ſo ſehr an feſtſtehenden Grundſätzen über den Verluſt bürgerlicher Ehrenrechte durch Verbrechen mangelt. Indeß kann wohl ſo viel als gewiß angenommen werden, daß, wenn nach den vorliegenden Geſetzen [32]) auf eine nach juriſtiſcher Anſicht entehrende Strafe zu erkennen iſt, gleichzeitig auch der Verluſt der Aemter, ſo wie Unfähigkeit zu fernern Aemtern eintreten muß, was ſich beides zwar von ſelbſt verſteht, jedoch füglich auch, um jeden Zweifel zu beſeitigen, von dem Criminalrichter ausdrücklich ausgeſprochen werden mag. Eine reservatio famae und alſo auch der Aemter würde in ſolchen Fällen ein offenbarer Widerſpruch ſeyn, und die Ehre des Dienſtes auf das Schlimmſte gefährden. Höchſtens läßt ſie ſich als erlaubt anſehen, wenn die Eigenſchaft einer entehrenden Strafe nicht völlig ausgemacht ſeyn ſollte, wie es z. B.

30) L. 32. D. de injur. l. 12. pr. D. de accusat. l. 38. §. fin. D. ad L. Jul. de adulter. Eine Ausnahme macht l. 4. C. ad. L. Jul. pecul.

31) Vgl. Marezoll üb. die bürgerliche Ehre S. 208 ff.

32) Daß jedoch das römiſche Recht, inſofern es bei gewiſſen Verbrechen der infamia unabhängig vom Strafübel erwähnt, auch jetzt noch eine Pflicht oder Berechtigung für den Richter enthalte, auf Verluſt der Ehrenrechte zu erkennen, z. B. in jedem Injurienfall, davon kann ſich Vf. noch immer nicht überzeugen. —

in manchen Ländern hinsichtlich der niedern Grade de Zuchthausstrafe der Fall seyn kann. Bei denjenige Delicten aber, welche eine entehrende Strafe gesetzlic nicht begründen, kann nach unsern Begriffen auch vo einem Erkenntniß auf Amtsverlust und Unfähigkeit nich die Rede seyn, vielmehr würde es nach der Natur der Sache nur der Staatsdiener Controle oder der Verwaltung zu überlassen seyn, unabhängig von dem criminalgerichtlichen Verfahren die Dienstentlassung in verfassungsmäßigen oder rechtlichen zu veranlassen. Indeß berechtigt das gemeine Recht allerdings schon den Criminalrichter selbst, auf Amtsentsetzung zu erkennen, im Fall eine wirkliche Unwürdigkeit des Verbrechers sich ergiebt. Denn die l. 12. C. de dignitatibus sagt: Judices, qui se *furtis et sceleribus* fuerint maculasse convicti, ablatis codicillorum insignibus et honoribus exuti, inter pessimos quosque et plebejos habeantur, nec sibi posthac de eo honore blandiantur, *quo se ipsos indignos* judicaverunt. Wäre ein Verbrechen begangen, was nur eine willkührliche Strafe nach sich ziehen kann, so muß der Criminalrichter unstreitig nach der Schwere des Verbrechens ermessen, ob eine harte entehrende Strafe gesetzlich gerechtfertigt werden könne, und dann wird das Obige auch hier eintreten müssen; oder ob eine solche entehrende Strafe gesetzlich unstatthaft sey, und dann würde es darauf ankommen, ob nicht schon die einfache Dienstentsetzung oder eine geringere Beamtenstrafe genügen möchte, ohne Zusatz eines andern Strafleidens[53]), vielleicht auch nur die Entziehung eines Amtes mit Beibehaltung der übrigen; oder ob auch schon eine ge-

53) Vgl. Carpzov Iprud. Conſiſt. III, def. 125. n. 19.

meine nicht entehrende Strafe genüge, mit Vorbehalt des Dienstverhältnisses. Jenes, oder die Dienstentsetzung, würde sich vorzüglich dann rechtfertigen, wenn das gemeine Verbrechen offenbar von der Art wäre, den amtlichen Charakter zu compromittiren und den Angeklagten nach den Grundsätzen der Amtsehre und Dienstpragmatik als ungeeignet darzustellen, sein Amt ferner zu verwalten. Immer wird aber die Verhängung einer solchen Ehrenstrafe einer nähern Rechtfertigung aus den Gesetzen, wenigstens aus der Analogie bedürfen (vgl. peinl. H. G. O. Art. 104.). Zweifel darf es erregen: ob wegen eines geringern gemeinen Verbrechens bei willkührlichen Strafbestimmungen zugleich auf eine gemeine Strafe und eine Dienststrafe, namentlich noch auf eine niedere, unterhalb der Dienstentlassung erkannt werden dürfe? Es dürfte scheinen, daß sich eine solche Cumulation juristisch nicht rechtfertigen lasse. Denn in der Regel soll ein Delict auch nur eine Strafe begründen [34]). Indessen ist dem Richter bei willkührlichen Strafbestimmungen durchaus keine gewisse Norm dieserhalb vorgeschrieben, und es dürfte, wenn auch nicht immer, doch in vielen Fällen sehr billig erscheinen, dem Staatsdiener, welcher sich so weit vergessen hat, ein gemeines Verbrechen zu be-

34) Ueber diese in neueren Compendien wenig oder gar nicht berührte Frage vgl. c. 12. D. 81. c. 4 in f. X. de judic. Durantis spec. jur. lib. III. P. I. §. 5. n. 5. Bartolus u. Baldus ad l. si qui reus D. de publ. jud. Alexander in l. 6. D. de sepulc. viol. Matth. Wesembec. Conf. P. I. c. 22. n. 19, die aber doch zum Theil nur davon handeln, ob Jemand wiederholentlich (nicht: durch ein Urtheil) mit mehrern Strafen wegen eines Delicts belegt werden könne. Interessant ist der entgegenstehende Grundsatz des Attischen Rechts, S. des Vf. Athenäische Ger. Verf. S. 121.

gehen, seine öffentliche Stellung in der Wahl der Strafe besonders zu berücksichtigen [35]). Am wenigsten möchte dies alsdann ein Bedenken leiden, wenn der Criminalrichter zugleich Dienstbehörde des Angeschuldigten ist, indem er sich alsdann um so mehr berufen halten kann, durch Verbindung einer geringern Dienststrafe mit einem gemeinen, nicht entehrenden und gehörig ermäßigten Strafleiden den Staatsdiener für die Zukunft um so aufmerksamer auf Bewahrung seines amtlichen Charakters zu machen [36]). — Ob endlich, wenn ein Gesetz bei gemeinen Verbrechen dem Beamten außer der gemeinen, nicht völlig bestimmten Strafe auch noch insbesondere Amtsentsetzung androht, bei Abmessung jener auf letztere billige Rücksicht zu nehmen sey, wie z. B. Wächter Lehrb. §. 118. n. 85 a. E. behauptet, läßt sich wohl schwerlich stricte entscheiden; vielmehr würde man zuerst darauf sehen müssen: ob überhaupt nach dem Geist der Gesetzgebung Stand und Amt aggravantia sind, wofür sich freilich nicht genugsame Gründe finden mögen; sodann, ob nicht die gemeine gesetzliche Strafe schon ipso jure die Amtsentsetzung nach sich ziehen würde. In dubio würde natürlich die aequitas für Wächter's Ansicht streiten.

Neuere Gesetzgebungen haben nur zum Theil über die angeregten Fragen genauere Bestimmungen gegeben.

So

35) Vgl. Lomberg de justa poenar. civil. mensura §. 5.

36) So erinnern wir uns, daß ein Notar, der sich ganz außerhalb seines Dienstverhältnisses an der Selbstbefreiung eines Gefangenen betheiligt hatte, vor dem Gericht außer einer 2monatlichen Haft noch mit 3monatlicher Suspension belegt wurde, was sich unter den vorwaltenden Umständen nicht für unbillig erachten ließ. Vgl. übrigens noch unten §. 18.

So soll nach dem preuß. Allg. Landrecht (Th. II. Tit. 20. §. 333.) auch das gemeine, ganz außer Beziehung mit dem Staatsdienst stehende Verbrechen bei verwirkter Zuchthaus- oder Festungsstrafe noch mit Cassation belegt werden. Fast ebenso das baiersche Gesetzbuch (Art. 351.) bei Verbrechen, während bei bloßen Vergehen die Verfügung der Amtsentsetzung oder Degradation dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt (A. 437.). Im Großherzogthum Baden ziehen Zucht- oder Correctionshausstrafen und andere diesen gleichstehende die Dienstentsetzung nach sich, was aber nothwendig mit Zuziehung der Verwaltungsbehörde ausgesprochen werden muß (Civildienst-Pragm. v. 1819. §. 17.). Nach dem kurhessischen Staatsd. Gesetz v. 8. März 1831. §. 57. hat Zuchthausstrafe dieselbe Wirkung. Wenn aber hierdurch eine zu unangemessene Schärfung entstehn sollte, so kann der Richter außer der Dienstentlassung statt auf Zuchthaus auf nicht infamirenden Festungsarrest erkennen. Nach der großherz. hess. Dienstpragmatik ist die Dienstentsetzung mit jeder, wegen eines gemeinen Verbrechens oder Vergehens zuerkannten Zuchthaus- oder Correctionshausstrafe nothwendig verbunden (§. 22.), ebenso nach dem coburgschen Gesetz von 1821 mit Zuchthaus oder Festung (§. 20.). — Nach dem französischen Strafgesetz richtet sich der Einfluß gemeiner Verbrechen, die nicht zugleich eine forfaiture sind, d. h. keine crimina in officio commissa, blos nach der Natur der Strafe, insofern diese nämlich zum Wenigsten eine Degradation bewirkt, worunter auch Verlust der Aemter und Würden, desgl. Unfähigkeit dazu und zu gewissen andern bürgerlichen Ehrenrechten begriffen ist. Art. 166. 167. 34. 28. Bloße

delits begründen zwar ipso jure niemals einen solchen Nachtheil (Art. 168.), indessen können die Tribunäle bei Verhängung einer conventionellen Strafe zugleich Verlust der Aemter und Exclusion davon für die Zukunft aussprechen (Art. 42. n. 3.).

§. 6.

Einfluß gemeiner Verbrechen auf Kirchenämter.

In Staaten, wo die kirchliche Ordnung sich selbst lediglich überlassen ist, sind entweder auch die gemeinen Verbrechen der Geistlichen besondern geistlichen Richtern und deren eignen Gesetzen unterworfen, und dann tritt der weltliche Arm erst hinzu nach vorheriger Degradation — oder es sind die Geistlichen schlechthin auch den weltlichen Gerichten wegen aller gemeinen Verbrechen unterworfen und dem Kirchenregiment bleibt in seiner Selbstständigkeit dann nur überlassen, welchen Einfluß es der Verurtheilung auf die Amtsverhältnisse des Verurtheilten beilegen wolle; oder endlich der Staat läßt durch seine (weltlichen) Richter gegen den eines gemeinen Verbrechens überwiesenen Geistlichen zugleich auch die etwanigen Folgen wegen seines kirchlichen Amtsverhältnisses festsetzen.

Das erste System war früherhin das herrschende; es findet sich unter andern in dem Kirchenrecht des Königreichs Sachsen — nicht nur in Ansehung der protestantischen Kirchen- und Schulbedienten, welche wegen aller Verbrechen der Jurisdiction der Consistorien bis zur Specialinquisition und Degradation unterworfen sind, oder, wenn schon nach summarischer Untersuchung eine Strafe erkannt werden kann, mit der Maaßgabe, daß die Vollstreckung der Leibesstrafe dem weltlichen

Arm überlassen wird [37]); — sondern auch in Ansehung der katholischen Geistlichen aller Grade, mit Befolgung gleichmäßiger Grundsätze [38a]).

Das zweite System findet sich (außer Frankreich) im Wesentlichen in dem königl. baierschen Religionsedict [38b]), wonach die Criminalgerichtsbarkeit über Geistliche nur den königl. weltlichen Gerichten zukömmt, diese aber die geistliche betreffende Behörde von dem Erfolg der Untersuchung in Kenntniß setzen sollen, damit auch von ihrer Seite gegen die Person des Verbrechers in Bezug auf seine geistlichen Verhältnisse das Geeignete verfügt werden könne. Daſſelbe Princip befolgt das großherz. weimarische Gesetz [39]), nebst den meisten neuern Constitutionen [40]), besonders auch die k. würtembergsche Verf. Urk. [41]), wobei übrigens die Zusicherung merkwürdig ist [42]), daß katholischen Geistlichen, die sich durch Vergehen die Entsetzung vom Amte zugezogen haben, ohne zugleich ihrer geistlichen Würden verlustig geworden zu seyn, ein hinreichender Unterhalt verabreicht werden soll.

Das dritte System ist das eigentliche territoriale und findet sich zur Zeit wohl in seiner größten Entwickelung in Preußen. Das allgemeine Landrecht wenigstens, also das gemeine Landesrecht, abgesehn von etwaniger kirchlicher Provinzialverfassung, stellt überhaupt

---

37) Regulativ v. 1782. §. 10. S. auch Weber a. a. O. I. S. 621 f.

38a) Königl. Sächs. Mandat die Ausübung der kathol. geistl. Gerichtsbarkeit betreffend v. 19. Febr. 1827. §. 27. 28. n. 2.

38b) Beilage II. der Verf. Urk. §. 69. 70.

39) S. v. 7. Oct. 1823. §. 54. 55.

40) Vgl. die Großherz. Hessischen V. Urk. Art. 41. Sachsen Cod. III. Art. 27.

41) VI. §. 73. §. 75. 78. 42) §. 81.

den Satz auf: daß „Criminalverbrechen die Entsetzung eines Geistlichen begründen“ [43]) und gestattet den geistlichen Gerichten die Entscheidung blos in Disciplinar-Sachen und über grobe Vergehungen der Geistlichen in ihrer Amtsführung, insofern deshalb nur auf Bußübungen, 20 Thlr. Geldbuße oder 4 Wochen Gefängniß zu erkennen steht [44]); so wie der katholischen Kirche auch das jus degradandi allein vorbehalten wird [45]); im Uebrigen wird auf die bürgerlichen Gesetze verwiesen [46]).

Welches dieser verschiedenen Systeme das richtigere sey, gehört zwar weniger in den Kreis unserer Untersuchung; daß aber das zweite dem wahren Verhältniß der Kirche zum Staat am entsprechendsten sey, kann wohl keinem Zweifel unterliegen. Uebrigens finden sich die Fälle, in welchen nach canonischem Recht durch gemeine Verbrechen Amtsentsetzung verwirkt werden könne, bei Böhmer [47]) verzeichnet. Doch versteht sich, daß sie auch noch in andern Fällen ex arb. jud. zulässig ist [48]).

§. 7.

Von den Dienstverbrechen.

Dienstverbrechen sind, wie schon oben §. 3. angedeutet ward, entweder solche gemeine Verbrechen, welche im Dienste, d. h. bei dessen Verwaltung begangen werden, indem selbige die unmittelbare Gelegenheit und das Mittel zur Begehung darbietet; oder solche, die

43) II, 11. §. 103.
44) §. 126. 552.
45) §. 107.
46) §. 98.
47) J. E. P. V, 57. §. 105.
48) Denn fast alle Strafen sind nach dem neuern Kirchenrecht arbiträre. Sauter J. Eccles. Cath. §. 1193. Walter Kirchenrecht §. 250.

schlechthin nur in der Nichterfüllung oder Ueberschreitung einer bestimmten eigenthümlichen Dienstpflicht bestehen. Unter jenen noch einen Unterschied zu machen zwischen Verbrechen, die bei Gelegenheit, auf Veranlassung des Amtes, und solchen, die durch Ausübung des Amtes begangen worden, ist allerdings unstatthaft [49]). Ueber beide Arten sollen nun noch einige allgemeine Bemerkungen gemacht werden.

§. 8.

Gemeine Verbrechen im Dienst.

Begeht ein Beamter ein gemeines Verbrechen in *einer unmittelbaren* Verbindung mit seinem Dienstverhältniß, so wird in der Regel mit der Strafe des Verbrechens die Verletzung einer allgemeinen oder besondern Dienstpflicht concurriren. Ist eine derartige Verletzung besonders verpönt, so entscheiden die allgemeinen Regeln von der Concurrenz der Strafen; außerdem aber kommen fast alle Gesetzgebungen darin überein, daß das gemeine Verbrechen an dem Staatsdiener eine Irregularität begründe, und daß deshalb, wenigstens in den meisten Fällen, wenn vornehmlich das Verbrechen an sich zu den schwerern gehört, dasselbe mit Dienstverlust, ja mit Unfähigkeit zu fernern Staatsämtern belegt werden müsse. Wegen des gemeinen Rechts ist hier die schon oben angeführte l. 12. C. de dignitatibus zu wiederholen: Judices, qui se *furtis* et *sceleribus* fuerint maculasse convicti etc., wodurch die Dienstentsetzung wenigstens bei allen schwerern und schimpflichern Begehungen angeordnet wird, sofern sie nicht etwa schon Folge der gesetzlich verwirkten infamia ist; und es treten

49) Mit Recht verwarf unter Andern diesen Unterschied ein Rescript des pr. Justiz-Ministeriums v. 20. Novbr. 1818.

also hier im Allgemeinen die §. 5. entwickelten Grundsätze wieder in Anwendung; nur liegt es in der Natur der Sache, daß bei willkührlichen Strafbestimmungen ganz vorzüglich Dienststrafen gewählt werden müssen. Bestimmter erklärt das französische Gesetz tout crime commis par un fonctionnaire public dans ses fonctions für eine forfaiture und setzt darauf, wenn nicht eine andere härtere Strafe für den einzelnen Fall vorgeschrieben ist, die Strafe der Degradation, was aber auf bloße delits keine Anwendung leidet [50]). Nach dem preuß. Recht sollen Betrug, Fälschung, Dieberei, Contrebande, Defraudation und andere gemeine Verbrechen, (d. h. wohl nicht jedes delictum commune, sondern ein solches, welches auf den Charakter des Delinquenten ein besonderes nachtheiliges Licht wirft) an Beamten, die ihr Amtsansehn zu deren Begehung oder Verdeckung gemißbraucht haben, nicht blos mit Cassation, sondern auch noch mit Schärfung der poena ordinaria des Verbrechens selbst geahndet werden [51]). Aehnliches verordnet das baiersche Gesetzbuch [52]), wenn das Amt zur Verübung eines gemeinen Verbrechens gemißbraucht worden ist. Mit gutem Grunde erfordern beide letztgedachten Gesetzbücher einen Mißbrauch des Amts, wenn die bestimmten Folgen eintreten sollen, und namentlich schließen sie dadurch diejenigen Fälle aus, wenn ein Staatsdiener durch sein Amt nur die Gelegenheit erfahren hatte, ein gemeines Verbrechen zu begehen, ohne daß dasselbe auch die Mittel zur wirklichen Ausführung darbot. Dies soll wohl

50) C. P. 166—168.
51) A. L. R. II, 20, 558.
52) Art. 552.

auch durch die Bestimmungen des französischen Rechts: tout crime commis par un fonctionnaire public *dans ses fonctions* angedeutet werden.

Wegen der Geistlichen kommen hier dieselben Grundsätze, wie sie bereits oben wegen der gemeinen Verbrechen überhaupt entwickelt sind, zur Anwendung.

§. 9.

Eigentliche Dienstverbrechen.

Die eigentlichen Dienstvergehen sind theils solche, welche bei Staatsdienern jeder Art vorkommen können, theils solche, die nur in gewissen Kategorien möglich sind. Sie alle hier einzeln zu erörtern, wie sie in den verschiedenen Gesetzgebungen aufgestellt werden, ist gegenwärtig nicht unsere Absicht, auch würde damit schwerlich ein besonderer wissenschaftlicher Zweck zu erreichen seyn, außer dem Vortheil einer Uebersicht für zukünftige Gesetzgebungen. Was das gemeine Recht betrifft, so gebührt den neuesten Bearbeitern des Criminalrechts, insbesondere Martin, Feuerbach, jetzt auch Henke das Verdienst, daß das so verwickelte Material der römischen Gesetze, so weit sie die Dienstverbrechen betreffen, besser geordnet und jeder Disposition ihr Ort angewiesen ist. Freilich wird man sich nie ganz damit befreunden können, daß jene Strafbestimmungen, denen doch ein vielfach verschiedener Staatsdienst-Organismus vorlag, noch auf unsere Verfassungen passen sollten, und selbst das, was man aus einzelnen Verfügungen der Reichsgesetze wegen der Mitglieder des Reichs-Kammergerichts wieder hervorgesucht hat, mag wohl nicht durchaus zu einer allgemeinen Anwendung geeignet seyn, weshalb die Praxis gewiß Entschuldigung

verdient, wenn sie sich wenig oder gar nicht mehr an die positiven Vorschriften eben gehalten hat. Indeß eine Basis können und müssen dieselben jedenfalls abgeben. Eine kleine Nachlese und manche nähere Erörterung des gesetzlichen Materials bleibt freilich noch immer möglich, indessen würde unsere Abhandlung, wobei es mehr um die allgemeinen Grundsätze zu thun war, durch einen desfallsigen Versuch zu sehr von ihrem Hauptzweck abgeleitet werden.

§. 10.

Dienstvergehungen oder Excesse der Staatsdiener.

Es ist begreiflich, daß Staatsdiener sich außer der Begehung bestimmter, in den Gesetzen aufgestellter Verbrechen, noch in unendlich vielen Beziehungen einer Contravention gegen ihre Amtspflichten, welche entweder in bestimmten Instructionen oder durch die Natur des Dienstverhältnisses vorgezeichnet sind, schuldig machen können, und zwar entweder 1) durch Nichtbeobachtung allgemeiner Pflichten, die sich auf den Stand der Staatsdiener überhaupt beziehen und wozu insbesondere eine der Würde des Dienstes angemessene Lebensart gehört, oder 2) durch Nichtbeobachtung specieller Dienstpflichten, welche aus der Instruction oder Natur des eigenthümlichen Dienstverhältnisses fließen, oder 3) durch Ueberschreitung der Grenzen der amtlichen Dienstbefugnisse, oder endlich 4) durch die Wahl und den Gebrauch ungeeigneter, unzulässiger Mittel in der Ausführung des Amtes, welche beide letztere Arten schon längst durch excessus in modo officii bezeichnet worden sind [55]).

55) S. J. H. Boehmer de excessuum poenis; oben §. 3. not. 9.

Es fragt sich, wohin gehört denn eigentlich die Rectification solcher Irregularitäten und Excesse im Rechtsgebiet?

Zuvörderst könnte es scheinen, daß auch sie füglich in das Strafrecht verwiesen werden könnten, wie es unter andern durch das pr. A. L. R. geschehen ist. Denn dieses bestimmt in dem Titel von Verbrechen und Strafen, daß ein Staatsdiener, der sich geringer Verbrechen in seinen Amtspflichten schuldig gemacht hat, durch Warnungen, Verweise und geringe Geldstrafen zur bessern Beobachtung seiner Pflichten angehalten werden soll [54]). Wer aus grober Fahrlässigkeit oder Unwissenheit seine Amtspflichten verletzt, habe verhältnißmäßig Geldstrafe, Degradation oder Cassation verwirkt [55]). Wer den Vorschriften seines Amtes vorsätzlich zuwiderhandelt, soll cassirt, außerdem nach Beschaffenheit des Vergehens und angerichteten Schadens mit verhältnißmäßiger Geld-, Gefängniß- oder Zuchthausstrafe belegt und zu allen fernern öffentlichen Aemtern unfähig erklärt werden [56]). Ferner sollen Beamte, die sich durch unregelmäßige Lebensart, Spiel oder Verschwendung in Schulden stürzen oder sich durch niederträchtige Lebensart verächtlich machen, ihres Amtes entsetzt werden [57]), desgleichen auch die, welche Andere durch falsche Vorspiegelungen oder Betrug zum Creditgeben verleitet haben [58]). Daß indeß diese Vorschriften in ihrer Allgemeinheit, wenigstens theilweise, in der Anwendung auf einzelne Fälle zu einer großen Härte führen können, liegt am Tage.

54) §. 335. 55) §. 334.
56) §. 333. 57) §. 565 564.
58) Verordn. v. 28. Febr. 1806. §. 8 ff.

Man kann sich z. B. denken, daß ein Beamter vorsätzlich gegen seine Instruction, jedoch ohne eine im geringsten gefährliche oder schädliche Absicht, gehandelt habe, und daß daraus nicht nur kein Schade für irgend Jemand, sondern sogar ein Vortheil für den Staat oder das gemeine Wesen hervorgegangen ist; dennoch müßte Cassation und Unfähigkeitserklärung eintreten! Wer vermag wohl dazu einen hinreichenden Grund zu finden? weshalb ferner eine öffentliche Genugthuung, wenn ein Staatsdiener aus Dummheit gefehlt hat, nachdem der Staat ihn ohne hinlängliche Prüfung seines Wissens in das Amt gesetzt hatte? Das Bedenkliche hierin anerkennend hat denn auch das Baiersche Strafgesetzbuch nur dann sofortige öffentliche Strafe gegen einen Staatsdiener ausgesprochen, wenn entweder die vorsätzliche Verletzung einer Amtspflicht auf rechtswidrige Zwecke gerichtet war, oder doch einen Schaden hervorgebracht hat [59]). Auf gleiche Weise halten wir auch einen Privatverwalter nicht wegen jedes Contractsbruchs für öffentlich strafbar, sondern nur unter der Voraussetzung besonderer rechtswidriger Gesinnungen, und nur die bestimmte Verletzung einer in den Diensteid deutlich aufgenommenen Pflicht kann bei Beamten zu einer härtern Behandlung auffordern. Gewiß also gehören die obigen Fälle und Excesse nicht unbedingt ins Criminalrecht, sondern in einen andern Theil des Rechtsgebiets.

Ohne uns nun dieserhalb in das Gewirre der mannigfachen, sich oft durchkreuzenden Ansichten von der Natur des Staatsdienstes einzulassen, so ist jedenfalls das außer Zweifel, daß in der Staatshoheit nicht nur

59) Art. 552. 437.

das Recht zur Anordnung der Staatsämter und Besetzung derselben, sondern auch eine bestimmte Disciplinargewalt enthalten sey, welche sich sowohl auf das Ober-Aufsichtsrecht, als auch auf die Rechte der anordnenden und vollziehenden Gewalt gründet, eine Gewalt, welche theils die Dienstverwaltungen der Einzelnen inspicirt und controlirt, theils aber auch diejenigen Maaßregeln zu treffen hat, welche in Ansehung der Staatsdienste für das gemeine Beste (für die Staatszwecke) nöthig und gerecht sind. Es gehören diese Rechte zu demjenigen, was die Alten gute Polizei nannten. Dabei möchte sich nun mit Fug unterscheiden *lassen*: 1) die niedere, oder blos corrective Disciplin, welche sich darauf beschränkt, die angestellten Staatsdiener immerdar zu ihrer Schuldigkeit, allenfalls durch geeignete Zwangsmittel anzuhalten; 2) die höhere oder reinigende Disciplin, welche auf Reinerhaltung des Staatsdienstes wacht und gefährliche oder störende Elemente daraus entfernt. Was die Erstere betrifft, so hat die Ausübung derselben in der Hierarchie des Staatsdienstes die allgemeine Anerkennung für sich; allenthalben üben die Oberbehörden über die ihnen untergeordneten Staatsdiener dergleichen Disciplinarbefugnisse aus; es ist dies eine wahre Verwaltungssache, keine Justizsache, und es kann nicht einmal für angemessen gehalten werden, den Gerichten die Ausübung dieser Disciplinarbefugnisse im Namen aller übrigen Staatsbehörden zu übertragen. Was aber die zweite, oder höhere Disciplin betrifft, so kann sie nur in denjenigen Staaten als eine Attribution der Verwaltung betrachtet werden, wo die Entfernung eines Staatsdieners und die Entziehung der Amtsvortheile

lediglich der Willkühr der Regierung überlassen ist. Wo hingegen der Staatsdienst als ein einseitig unwiderrufliches Vertragsverhältniß betrachtet wird, oder wo wenigstens das Princip feststeht, daß Niemand ohne gerichtliches Erkenntniß seines Amtes auf eine die Ehre oder den Nahrungsstand gefährdende Weise verlustig werden dürfe, da kann auch die Anwendung der nöthigen Reinigungsmittel nicht als reine Verwaltungssache betrachtet werden [60]). Was in dieser Hinsicht als gemeines Recht in Deutschland anzunehmen sey, hat der Vf. in seinen Beiträgen z. deutschen Staats- u. L. R. I. S. 148 ff. dargelegt, d. h. es ist von ihm mit Gönner behauptet, unter Verwerfung der Idee eines Vertrags, daß der Staatsgewalt allerdings das Recht der einseitigen Dienstentlassung ohne bestimmte oder erst gerichtlich zu rechtfertigende Gründe zustehe, daß aber bei Entlassungen ohne zulässige und erweisliche Gründe dem Staatsdiener eine ex aequo et bono zu arbitrirende Entschädigung gebühre, deren Bestimmung und allenfallsige Entziehung denn natürlich auch Justizsache ist, nicht aber die Entlassung an sich. Und der Vf. findet auch jetzt keinen Grund, von dieser Meinung abzugehen [61]).

§. 11.

Dienstvergehungen oder Excesse der Kirchendiener.

Wenn bei dem Staatsdienste sich erst sehr spät, man könnte fast sagen, erst in unserm Zeitalter der Begriff einer eignen Dienstdisciplin vollständiger entwickelt hat, so ist solches weit früher in der christlichen Kirche hinsichtlich der Cleriker der Fall gewesen. Hier nämlich

60) Vgl. Pfeiffer pract. Ausff. Bd. 5. S. 552 f.
61) Vgl. auch hier Pfeiffer a. a. O. 555 f.

ist schon lange Princip, daß nicht blos wirkliche Verbrechen, sondern auch bloße Ungehörigkeiten und Excesse des clerikalischen Lebens der kirchlichen Jurisdiction und der darin enthaltenen Disciplinargewalt anheimfallen, weshalb es nur einer allgemeinen Verweisung auf die Quellen des canonischen Rechts bedarf[62]). Nur läßt sich im Wesentlichen hier keine so scharfe Trennung zwischen Straf- und bloßer Disciplinargewalt machen, wie sie im weltlichen Staatsdienst möglich ist, indem bekanntlich das ganze kirchliche Strafrecht mehr einen disciplinarischen, erziehenden, wesentlich auf Besserung und Versöhnung abzielenden Charakter hat, und es darin an scharfen Strafbestimmungen beinahe gänzlich mangelt. In den protestantischen deutschen Kirchen hat sich jedoch allerdings der Unterschied zwischen kirchlicher Disciplinargewalt und öffentlichem Strafrecht dadurch näher herausgebildet, daß den Consistorien nicht die ganze kirchliche Jurisdiction, und vorzüglich nicht die criminelle bei vorgefallenen gemeinen Verbrechen gelassen worden ist, sondern wesentlich nur die Handhabung der Disciplin, sowohl der niedern, wie der höhern in dem oben gegebenen Begriff. Die einzelnen Modificationen werden unter §. 16. ihre Erwähnung finden.

§. 12.

Disciplinarmittel.

Nicht jedes Leiden, nicht jede empfindliche Behandlung, die einen Staatsangehörigen wegen seiner Handlungsweise unter öffentlicher Autorität trifft, ist

62) S. vorzügl. Tit. X. de excessibus praelatorum, ferner de vita ac honestate clericorum, und die Commentatoren dazu.

darum auch eine Strafe. Strafe im juriſtiſchen Sinn iſt blos ein ſolches Leiden, was durch den Richter wegen anerkannter Verbrechen zur öffentlichen Genugthuung über den Schuldigen ausgeſprochen und gegen denſelben vollzogen wird. Neben dem Strafrecht des Staats kann ihm aber außerdem, gleichwie im Familienverhältniß, die Anwendung beſonderer Erziehungs- und Beſſerungsmittel zuſtehen, wenn Erziehung und Beſſerung der Einzelnen in den Kreis der Staatszwecke gezogen iſt, oder beſondere freiwillige Untergebung den Staat dazu berechtigt. In der äußern Erſcheinung können jene Mittel zwar den wirklichen Strafen ſich annähern, ohne jedoch deren Natur vollſtändig anzunehmen. Beiſpiele davon ſind die römiſche nota cenſoria und die multae dictio. Und eben ſo weiſet auch das canoniſche Recht durch den freilich nicht völlig rein erhaltenen Unterſchied zwiſchen cenſuris, oder poenis medicinalibus, und den eigentlichen poenis vindicativis darauf hin, daß es außer den letztern noch beſondere, den Strafen ähnliche Erziehungsmittel gebe, welche eine ſelbſtſtändige Gewalt gegen die ihr zur Aufſicht Uebergebenen anzuwenden habe. So iſt es denn auch im Staats- und Kirchendienſt außer Zweifel, daß den verwaltenden Autoritäten wenigſtens beſtimmte Beſſerungs- (Corrections-) Mittel gegen ihre Untergebenen zuſtehen, die man gewöhnlich Disciplinarſtrafen nennt, und nur über die ſpecies und den Umfang derſelben können Verſchiedenheiten obwalten.

Solche Disciplinarmittel nun, der wir oben (§. 10.) zu der niedern oder blos correctiven Disciplin rechneten, um ſie hier kürzlich zuſammenzuſtellen, können ſeyn:

1) bloße Ermahnungen zur Aufmerksamkeit auf sich selbst und zur getreuen Pflichterfüllung (monitiones, admonitiones, *avertissements*)[63];

2) Verweise (acrior reprehensio, *censure*) mit oder ohne Androhung fernerer Censurmittel, jedoch ohne Oeffentlichkeit der Vollziehung. Eine besondere Schärfung derselben hat das franz. Recht in der s. g. censure avec réprimande, womit der Verlust eines monatlichen Gehaltes verbunden ist[64];

3) Geldbußen, nicht selten Ordnungsstrafen genannt, in der katholischen Kirche auch Auflegung von Bußübungen;

4) zeitliches Gefängniß von kürzerer Dauer, bei protestantischen Geistlichen die Einsperrung in den s. g. priesterlichen Gehorsam, eine Strafe, die nach Carpzov[65]) gelinder ist, als Dienstsuspension; in der katholischen Kirche zeitliche Einsperrung in ein Kloster oder ein Bußhaus;

5) zeitliche Dienstsuspension mit oder ohne Entziehung der Amtseinkünfte.

Die Mittel der höhern oder reinigenden Disciplin können nur darin bestehen, daß die Entfernung des Staats- oder Kirchendieners von seinem jetzigen Posten oder aus dem Staatsdienst überhaupt auf gesetzlichem Wege bewirkt wird. Sie sind also nur folgende:

1) die Degradation auf einen geringern Posten;

2) die völlige Amtsentsetzung (depositio ab officio verbalis), mit Verlust des Ranges und der Dienst-

63) S. französ. Gesetz über die gerichtliche Organisation v. 20. April 1810. Art. 49.
64) Dasselbe Gesetz Art. 50.
65) III, def. 144.

Einkünfte, jedoch ohne Unfähigkeits-Erklärung, denn letztere ist als infamirend lediglich als Criminal- (öffentliche) Strafe anzusehen.

Von wirklichen Strafen unterscheiden sich alle diese Disciplinarmittel theils durch den Grund, theils durch die Form der Zuerkennung, indem jene ein wirkliches Verbrechen, diese eine Irregularität oder einen Excess voraussetzen, und indem sie nicht zur öffentlichen Genugthuung, sondern nur zur Sicherung und Reinerhaltung des Staats- und Kirchendienstes dienen sollen, daher auch keine öffentliche Vollziehung unter Auffallen erregenden Formen gestatten.

Das baiersche Edict über die Staatsdiener kennt neben den höhern Disciplinarmitteln und außer dem bloßen Disciplinarmittel der Ermahnungen, als niedere Disciplinarstrafen blos Verweise, Geldbußen (von 5 — 50 fl.), Arrest von 24 Stunden bis 8 Tage. Die badische Dienstpragmatik rechnet dahin: 1) schriftliche Erinnerung, 2) schriftlichen Verweis, 3) Constituirung zum Protokoll und persönlichen Verweis, 4) Arreststrafe bei Subalternen, 5) Androhung der Entlassung. Nebenbei kommen auch noch Ordnungs- und Dienstpolizeistrafen vor. Das großherz. hessische nimmt dagegen folgende an: schriftliche und mündliche Verweise, Geldstrafe bis 100 und resp. 300 fl., Suspension vom Dienst und Gehalt bis 3 resp. 6 Monat. Nach dem coburgschen Gesetz sind es schriftliche und mündliche Verweise, Geldstrafen bis resp. 25 und 50 Thlr., Suspension vom Dienst und Gehalt bis resp. 1 und 3 Monat. Das kurhessische Staatsd. Ges. unterscheidet §. 42 f. bloße Executionsmittel (schriftliche Verweise und Geldbußen) und Besserungsversuche, Verweise,

weise, Arrest, schriftliche Androhung der Stellung vor Gericht. Ueber das von den Gerichten bei schweren Disciplinarfehlern zu Verhängende spricht sich dies Gesetz nicht aus, (nur in anderer, jedoch ähnlicher Beziehung kommt im §. 53. Versetzung in deterius und Dienstentlassung vor), sondern erklärt vielmehr dergleichen Fehler in §. 47. ganz allgemein „für Dienstvergehen, worüber die Gerichte zu erkennen haben. Ein gemeines giltiges Recht läßt sich mit Entschiedenheit in Ansehung der Staatsdiener nicht nachweisen; auch nicht aus der Natur der Verhältnisse schlechterdings ableiten. Nur das Recht zu Erinnerungen und Verweisen darf ohne Weiteres jeder Verwaltungsbehörde gegen ihre untergeordneten Officianten zugeschrieben werden. Dagegen setzt das Recht Geldstrafen zu verhängen, jure communi, eine bestimmte Verleihung voraus [66]). Gefängliche Einsperrung aber und Dienstsuspension mit Verlust der Einkünfte sind so sehr in die Privatrechte der Einzelnen eingreifende Acte, daß sie auf alle Fälle nur von einem Inhaber der Gerichtsbarkeit und nur causa cognita verhängt werden können, was um so mehr von Degradation und Remption gilt. Nach gemeinem Recht giebt es also für Staatsdiener nur sehr wenige Disciplinarmittel [67]), wogegen in Ansehung der Kirchendiener alle oben angeführten in dem Rechte der christlichen Kirchen begründet sind.

66) l. 131. §. 1. h. l. 244. D. de V. S.

67) Vgl. Pfeiffer a. a. O. S. 401 ff.

§. 13.

Anwendung der Disciplinarmittel.

Wie und in welchem Maaße die angegebenen Mittel anzuwenden seyn, ist durchaus nicht für alle einzelnen Fälle [68]) bestimmbar, und daher dem gewissenhaften Ermessen der Behörde zu überlassen. Nur folgende Sätze mögen theils in der Natur der Verhältnisse, theils in der zeitherigen Praxis ihre Rechtfertigung finden.

1) Bloße Besserungsmittel müssen vorerst angewendet werden: a) bei Unregelmäßigkeit in der Lebensart, welche noch nicht in einen groben Scandal oder Excess ausgeartet sind; b) bei Nachlässigkeiten in der Dienstführung, woraus ein erheblicher Nachtheil nicht hervorgegangen ist; c) bei leidenschaftlicher Ueberschreitung der Grenzen der Amtsgewalt oder Ueberhebung der amtlichen Würde; d) wegen Ungehorsams gegen die Befehle der Vorgesetzten. — Alles dieses kann zunächst nur zu Ermahnungen, Verweisen, und Geldbußen Veranlassung geben. Dagegen werden Unregelmäßigkeiten oder Excesse, welche schon gröberer Art oder mit öffentlichem Aergerniß verbunden (contra bonos mores) sind, füglich mit Gefängniß gebüßt, oder in einem noch höhern Maaße mit Dienstsuspension; ebenso auch dauernder Ungehorsam, wenn ein oder zweimalige Erinnerung oder Verweis nichts gefruchtet haben. Denn überhaupt ist immer gradatim zu verfahren.

2) Die Anwendung der höhern Disciplinarmittel, der Degradation und Dienstentlassung, findet überhaupt

68) Was Leyser in meditt. ad Pand. p. 571. als peccata ministrorum principis aufführt, ist kaum zum kleinsten Theil hier brauchbar.

nur S[illegible] wenn sich ergiebt, daß bei dem Staats- oder Kirchendiener durch eignes Verschulden diejenigen Voraussetzungen nicht vorhanden sind, unter welchen allein ihm sein gegenwärtiges Amt anvertraut worden ist, oder unter welchen er überhaupt im Staats- oder Kirchendienst angestellt werden könnte [69]); also namentlich a) wenn er durch ein höchst fahrlässiges Benehmen in seinem Amt die zu respicirenden Interessen des Staats oder der Kirche wirklich verletzt oder doch in große Gefahr gebracht hat [70]). b) Wenn er vorsätzlich ohne alles Motiv, aus reinem Eigenwillen, oder gar aus unlautern Absichten gegen die bestimmten Pflichten seines Amts oder ertheilten Dienstinstructionen gehandelt, das Amt gemißbraucht oder die Anweisungen der vorgesetzten Behörde, welche eine unverweilte Befolgung erheischte, unbefolgt gelassen hat [71]). c) Wenn er sich durch unordentliche Lebensart physisch oder moralisch unfähig zu fernerer Dienstverwaltung gemacht, oder durch Unsittlichkeit und Leichtsinn [72]) um das Vertrauen gebracht hat, dessen er gegen die Vorgesetzten oder gegen die Untergebenen bedurfte; oder wenn er gar solche lasterhafte und unsittliche Neigungen an den

---

69) Vgl. Martin Rechtsgutachten S. 557.

70) Supina negligentia, als Grund der Dienstentsetzung resp. der Degradation, ist unter andern anerkannt bei Malacord de publ. off. non aufrendi. Gott. 1788. §. 21. Vgl. des Vfs. Beiträge z. d. St. u. F. R. I. S. 140.

71) Denn der Staatsdienst ist ein Verhältniß, welches auf jeder Seite bona fides in Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit voraussetzt. Beiträge z. d. St. u. F. R. S. 131 ff.

72) Z. B. durch Schuldenmachen, Verschwendung.

Tag gelegt hat, die den schädlichsten [redacted]uß auf die Untergebenen befürchten lassen [73]); oder wenn er durch Unverträglichkeit eine seine Dienstfunctionen hindernde Erbitterung veranlaßt hat. d) Wenn sich der Angestellte zwar nur geringerer Unregelmäßigkeiten und Excesse in seiner Lebensart oder Amtsführung schuldig gemacht hat, jedoch wiederholt, und zwar wenigstens dreimal [74]) vergebens angewandte Besserungsmittel keine Besserung bewirkt haben, sondern nunmehr eine Unverbesserlichkeit angenommen werden muß [75]). e) Wenn der Angestellte ein Gewerbe oder eine Lebensart ergreift, die mit der Natur und Würde des Dienstes ganz unverträglich ist [76]).

Alles bisher Bemerkte, wenigstens soviel die Gründe der Degradation und Dienstentlassung betrifft, kann unbedenklich als gemeines Recht nach der Natur des Staats- und Kirchendienstes [76 b]) erklärt werden, während hinsichtlich des Gebrauchs der bloßen Besserungsmittel im Staatsdienst die im §. 12. angemerkten Beschränkungen hier zu wiederholen sind. Vieles ist hierbei immer der vernünftigen billigen Beurtheilung der Dienstbehörde und resp. der Richter zu überlassen, da das

---

73) Z. B. wenn Kirchen- oder Schuldiener sich der Unzucht ergeben haben.

74) Nach Analogie der Grundsätze von der contumacia und der excommunicatio.

75) Vgl. Carpzov Jpr. Consist. III. def. 112.

76) Beiträge z. d. St. u. F. R. S. 139.

76 b) Vgl. Wiese a. a. O. und wegen Sachsen Weber a. a. O. II, 2. S. 449 f.

Dienstverhältniß überhaupt als ein Verhältniß anzusehen ist, wobei der aequitas das Meiste anheimfällt, jedoch auf der andern Seite auch das höhere gemeinsame Interesse nicht außer Acht bleiben darf. Was die neuern deutschen Gesetzgebungen betrifft, so ist bereits oben aus der preußischen in Ansehung des Staatsdienstes bemerkt worden, welche Vorschriften die Criminalgesetze darüber enthalten (§. 10.), und es ist nur hinzuzufügen, daß die Rechte der Kirchenzucht dahin bestimmt sind, daß geringere Amtsvergehen der Pfarrer und untergeordneten Geistlichen durch geistliche Bußübungen, Geldbußen bis zu 20 Thlr. oder auch durch Gefängniß bis zu 4 Wochen geahndet werden sollen [77]). Hat ein Pfarrer durch unvorsichtiges Betragen das Vertrauen der Gemeinde verloren, so soll eine Translocation Statt finden [78]). Hat er aber grobe Excesse begangen, so kann Dienstentsetzung die Folge seyn [79]). Eben dasselbe gilt von den Lehrern an gemeinen Schulen [80]); wogegen die Lehrer an höhern Schulanstalten ganz wie Staatsdiener behandelt werden [81]). Specielle Vorschriften wegen der Disciplin der Justizbeamten enthält die A. G. O. [82]). Eben so das französische Recht [83]).

---

77) A. L. R. Th. 2. Tit. 11. §. 550. 125.

78) §. 531.

79) §. 532.

80) Th. 2. Tit. 12. §. 27. 28.

81) §. 65. 75. ib.

82) Th. III. Tit. 1. ff.

83) Decret vom 30. März 1808. Art. 103 ff. u. Gesetz vom 20. April 1810. Art. 48 ff.

Nach dem baierischen Edict über die Verhältnisse der Staatsdiener [84]) und dem Strafgesetzbuch [85]) berechtigen zu den gesetzlichen Disciplinarstrafen Fahrlässigkeit, Unfleiß, Leichtsinn, Unsittlichkeit, in bestimmten Gradationen. Erst nach dreimaliger Strafe, wegen alsdann anzunehmender Unverbesserlichkeit, desgleichen bei gröbern Fehlern, kann die Stellung vor Gericht zum Behuf einer Degradation oder Dienstentlassung folgen. — Nach dem [illegible]ßherzogl. hess. Edict [86]) werden Verweise, Geldstrafen und Suspension bei Fahrlässigkeit, Ungehorsam und Unfleiß, desgleichen bei andern dienst- und subordinationswidrigen Handlungen angewendet. Ebenso sollen bei einem Benehmen, welches Ansehen und Zutrauen schwächt, oder mit der Dienstehre unvereinbar ist, Ermahnungen, Verweise und Suspension angewendet werden. Die Stellung vor Gericht (zum Behuf einer etwanigen Dienstentsetzung) findet erst nach fruchtloser Disciplinarstrafstellung oder bei besonders auffallendem Benehmen Statt. — Aehnliche Bestimmungen enthält das coburgische Edict [87]). Besonders ausführlich ist aber die badische Civildienstpragmatik [88]). Als Gründe zur Anwendung von Correctionsmitteln erklärt sie Dienstnachlässigkeit, unsittliches Betragen, Willkürlichkeiten gegen Unterthanen, Verletzungen der Dienstinstructionen, leichtsinniges und muthwilliges Schuldenmachen, beharrliche Insubordination, Unverträglichkeit.

---

84) Art. 10 ff.

85) Art. 458 ff.

86) v. 12. April 1820. §. 24 ff.

87) v. 20. Aug. 1821. §. 22. 23.

88) v. 10. Jan. 1819.

Die gesetzlich anerkannten Disciplinarmittel sollen hierbei gradatim angewendet werden, per saltum nur bei schweren Begehungen. Degradation und Diestentsetzung erfolgt erst nach vergeblichen Besserungsversuchen. — Im Ganzen sehr ähnlich ist damit das Kurhessische Gesetz §. 43 — 47. Daß übrigens der Anwendung von Disciplinarmitteln keine Verjährung entgegengesetzt werden könne, läßt sich zwar mit guten Gründen behaupten [89]), indessen wird eine inzwischen erfolgte Besserung mehr als bei wirklichen Verbrechen in Anschlag zu bringen seyn.

(Der Beschluß folgt.)

89) Martin Rechtsgutachten der Heidelb. S. 521.

III.

Ueber die verschiedenen Arten strafbarer Tödtung und ihr Zusammenfassen in einen Gattungsbegriff mit Rücksicht auf den Begriff der Entwendung, insbesondre von der fahrlässigen Tödtung und von dem Unterschiede zwischen Criminal- und Civilverbrechen nach gemeinem deutschen in Vergleichung mit dem französischen Rechte.

Von

Birnbaum.

Obgleich das erste Verlangen, sich in einer eignen Arbeit auf dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft zu versuchen, häufig auf das Verbrechen der Tödtung führt, und besonders die älteren Quellen des germanischen Strafrechts am häufigsten auf das Verbrechen leiten; so ist dennoch vor Kurzem noch mit Recht von Wächter [1]) bemerkt worden, daß wir durchaus keine irgend erschöpfende und den Forderungen der Wissenschaft entsprechende Monographie über dasselbe besitzen. Seitdem

1) Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts. 1ter Th. Stuttgart 1826. S. 116.

hat Jarcke [2]) eine umfassende Arbeit über die Lehre von der Tödtung geliefert, und einen vorzüglich schätzbaren Beitrag zu derselben hat Abegg gegeben [3]), ohne daß man die von Wächter angezeigte Lücke als ausgefüllt ansehen könnte, indem auch Jarcke's Absicht weniger darauf gerichtet, als durch das schon früher in der Hitzig'schen Zeitschrift ausgesprochne Bedürfniß einer Revision dieser Lehre im preußischen Landrechte bestimmt worden zu seyn scheint [4]), obgleich die von ihm angestellten Untersuchungen weitern Umfangs sind, und zum Theil der ausführlicheren Behandlung der Lehre von der Tödtung in seinem Handbuche des gemeinen deutschen Strafrechts zur Grundlage gedient haben [5]).

Es ist auch nicht meine Absicht, eine vollständige Arbeit über das Verbrechen der Tödtung in diesem Archiv zu geben, sondern es sollen nur in dieser und in folgenden Abhandlungen einzelne Beiträge zu einer solchen Arbeit geliefert werden, deren hauptsächlichster Zweck ist, einige neuerdings über das genannte Verbrechen geäußerte Ansichten einer bescheidenen Prüfung zu unterwerfen, und als das Resultat der Vergleichung einiger noch unbenutzten Hülfsmittel die historische Entwicklung germanischer Begriffe über diesen Gegenstand besser auf-

2) In Hitzig's Zeitschrift für die Criminalrechtspflege in den Preuß. Staaten. Heft VI. S. 265. VII, 113. VIII, 353. XII, 363. XXVII, 61. XXVIII, 366. XXIX, 170.

3) Revision der Lehre von den angeblich straflosen Tödtungen, in Dessen Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft. Breslau 1830. S. 55—578.

4) Vgl. Zeitschrift Heft II. S. 129 in der Note, und Heft IV. S. 566 u. 567.

5) Bd. III. S. 189—579. Berlin 1830.

zuhellen, um dadurch sowohl für die Interpretation und Anwendung der Quellen des gemeinen deutschen Rechts Andeutungen, als auch für die Gesetzgebung deutscher Staaten einige Winke zu geben [6]).

§. I.

Die Vergleichung des französischen Strafgesetzbuchs mit der in Hand- und Lehrbüchern dargestellten Lehre des gemeinen deutschen Strafrechts führt uns gleich bei der Begriffsbestimmung und bei der Erörterung der allgemeinen Merkmale des Verbrechens der Tödtung auf eine nicht unwichtige Frage, auf die nämlich, ob es wirklich gemeinrechtlich ein eignes Verbrechen der Tödtung gäbe, von dem sich ein allgemeiner gesetzlicher Begriff aufstellen ließe, und allgemeine Merkmale angegeben werden könnten, die auf jede einzelne Art des Verbrechens der Tödtung ihre Anwendung finden?

Das französische Gesetzbuch kennt als Verbrechen die absichtliche oder freiwillige Tödtung, *homicide commis volontairement* [7]), und nennt dieselbe *meurtre*, welches Wort, obschon es unbezweifelt mit dem deut-

---

6) Man vgl. meine Aeußerung in Bd. XII. St. 5. S. 448 dieses Archivs.

7) Ob das Wort absichtlich oder freiwillig richtiger ist, um den wahren Sinn des Gesetzes anzudeuten, hängt eigentlich von einer Controverse des französischen Rechts ab, von der noch Einiges unten gesagt werden soll. „Freiwillig" steht in den Uebersetzungen des Art. 295, welche J. Birnbaum, Flayland, Hartleben, Blanchard und Zum Bach gegeben haben. Auch in der zu Straßburg bei F. G. Levrault erschienenen Uebersetzung des peinl. Gesetzbuchs von 1791. Th. II. Tit. 2. Abschn. 1. Art. 12. ist *volontairement* mit freiwillig, Art. 1. aber *involontaire* mit unvorsätzlich übersetzt.

schen Worte Mord eines Ursprungs ist, und in allen französischen Rechtsquellen mit ihm die gleiche Bedeutung hat, dennoch im heutigen französischen Rechte in weiterem Sinne genommen, sowohl den Todtschlag als den Mord in sich begreift, ja in engerem Sinne blos jenen bezeichnet, da dieser, obgleich auch unter dem gemeinschaftlichen Namen mit begriffen, als *meurtre commis avec préméditation ou de guet à pens* den besondern Namen *assassinat* führt [8]).

Neben diesen beiden Arten absichtlicher oder freiwilliger Tödtung unterscheidet das Gesetzbuch noch eine dritte, die auch mit dem Namen *meurtre* bezeichnet, als *meurtre excusable* aber, nach der auf dasselbe gesetzten correctionellen Strafe, eigentlich als besonderes Vergehen zu betrachten ist, obschon der Gesetzgeber in Zweifel gewesen zu seyn scheint, ob er dergleichen Handlungen als *crimes* oder als *délits* ansehen soll [9]),

---

8) Code pénal. art. 296. Abweichend von dem Sprachgebrauche des Gesetzbuchs von 1810 hat das Gesetzbuch von 1791 a. a. O. Art. 8 festgesetzt: „l'homicide commis *sans* préméditation sera qualifié *meurtre*" und Art. 11.: „l'homicide commis *avec* préméditation sera qualifié *d'assassinat*." Die heutige Doctrin und Praxis folgen häufig noch dem Sprachgebrauche des früheren Gesetzbuchs. Vgl. Legraverend traité de la législation criminelle en France. 2e édit. Paris 1823. T. II. p. 114 et suiv.

9) Der Art. 122, so wie die allgemeine Rubrik vor dem Art. 521. des Code pénal, spricht jedoch von *crime excusable* in ähnlichem Sinne, wie in dem Rapport fait au corps législatif par M. Monseignat sur la loi contenant le chap. I. Titre II. Livre III. du Code pénal, davon sowohl als von *crime justifié* die Rede ist. Logischer haben die Verfasser des im J. 1829 gedruckten Projet de Code pénal pour la République de Genève statt dieser sich der Ueberschriften *des attenuations* und *justifications* bedient, Livr. I. tit. 2 und 6, wie es auch

so wie auch selbst in denjenigen Fällen einer wegen mildernder Umstände eintretenden correctionellen Bestrafung, in welchen nach neueren französischen Gesetzen nicht mehr ausschließlich die Competenz der Assisenhöfe begründet ist, die Praxis einigermaßen darüber schwankt, ob der Begriff eines *crime* oder eines *délit* anzunehmen sey [10]). Es giebt also nach dem französischen Gesetz-

im Deutschen passender ist, von einer Rechtfertigung der sonst verbrecherischen That, als von einem gerechtfertigten Verbrechen zu reden.

10) Vor dem Jahre 1824 war es in Frankreich ein allgemeiner Rechtssatz, daß die Assisenhöfe, obgleich ihre eigentliche Competenz sich auf Verbrechen bezieht, und die Vergehen der Regel nach vor die Correctionsgerichte gehören, dennoch ausschließlich competent seyen zur Bestrafung von Handlungen, die an sich Verbrechen, aber wegen eines allgemeinen oder besondern Milderungsgrundes nur mit Correctionsstrafen zu belegen sind. Vgl. M. de Serres manuel des Cours d'assises. T. I. Paris 1822. p. 198 et suiv. Ein Gesetz vom 25. Jun. 1824 verwies die von Individuen unter 16 Jahren begangenen Verbrechen, wenn sie an sich nicht mit dem Tode, ewiger Zwangsarbeit oder Deportation zu bestrafen sind, wegen der nach Art. 67. eintretenden Strafminderung vor die Correctionalgerichte. Vgl. Garnier du Bourgneuf et Chanoine appendice aux Codes criminels. Vol. III. Paris 1826. p. 1488. Nichts destoweniger betrachtete ein Gerichtshof im Jahre 1828 die von einem solchen Individuum begangene, an sich verbrecherische aber nur correctionell bestrafte That als Verbrechen, als es sich bei einem von dem nämlichen Individuum nach erreichtem Alter von 16 Jahren begangenen neuen Verbrechen um Anwendung der Grundsätze vom Rückfall handelte; allein der Cassationshof annullirte dies Urtheil. Vgl. Gazette des tribunaux du 5. Octob. 1828. N. 984. Auch hat der Cassationshof am 30. April 1829 entschieden, daß die gesetzlich zulässigen Milderungsgründe außer dem im Gesetze von 1824 bestimmten Falle zwar nicht die Competenz des Richters, gleichwohl aber den Charakter der Strafe änderten, und dem gemäß ist auch ein *meurtre excusable* nur als *délit* anzusehen. Vgl. Annales de lé-

buche drei Arten von *homicide volontaire*, die entweder Verbrechen oder Vergehen sind, und mit den Worten *meurtre simple*, *meurtre prémédité* und *meurtre excusable* bezeichnet werden können. Außer diesen freiwilligen Tödtungen aber und außer denjenigen, welche als gesetzlich ausgezeichnete Verbrechen in die Begriffe von *parricide*, *infanticide* und *empoisonnement* fallen oder als *crimes contre la sûreté de l'état* oder als *crimes contre la paix publique* von dem Gesetzgeber angesehen werden [11]), straft das französische Gesetzbuch als Vergehen die fahrlässige Tödtung, welche etwas unpassend *homicide involontaire* im Gegensatze von *homicide casuel* genannt wird, richtiger in der frühern Gesetzgebung Frankreichs als *homicide involontaire par negligence ou imprudence* von *homicide involontaire par accident* unterschieden wurde [12]). Endlich ist noch als eignes Verbrechen die Tödtung anzusehen, welche durch freiwillige Zerstörung fremder Gebäude, Dämme u. dgl. bewirkt wurde, und diese Art

---

gislation et de jurisprudence. Paris 1824. fol. N. 1. p. 8. Nach der Praxis des Cassationshofs, welche Legraverend a. a. O. pag. 223. not. 1. eine ungerechte nennt, ist es übrigens dem Ermessen der Richter anheimgestellt, ob sie in dergleichen Fällen über das bejahete *fait d'excuse* den Geschwornen eine Frage vorlegen wollen oder nicht, und das Unterlassen der Frage soll keinen Grund zur Cassation geben! Vgl. Legraverend p. 255.

11) Man vgl. Art. 86 u. f. 255. und die vorhergehenden, 299. 300. 501 des Code pénal.

12) Vgl. den oben angeführten *Rapport* mit Art. 319. des Code pénal von 1810 und mit Partie II. tit. 2. Sect. 1. art. 1 et 2. des Code pénal von 1791 und mit tit. 2. art. 15. des Gesetzes sur la police municipale et correctionnelle von 1791.

von *homicide* als Folge einer *destruction volontaire*, ist von dem Gesetzgeber weder *meurtre* noch *assassinat* genannt, aber dem letzten gleich bestraft, wie es scheint ohne Unterschied, ob die Absicht des Handelnden auf Tödtung gerichtet war oder nicht [13]), ob also Concurrenz von zwei absichtlich begangenen Verbrechen der Tödtung und Eigenthumsbeschädigung Statt hatte, oder die Tödtung eine nach dem Feuerbach'schen Ausdruck durch *culpa dolo determinata*, nach der Terminologie Andrer durch Concurrenz von *dolus* und *culpa* [14]) bewirkte war [15]). Da übrigens das Gesetz, vielleicht mit Rücksicht auf den letzten Fall einer durch Zerstörung fremder Gebäude bewirkten Tödtung, nicht ausdrücklich, wie der durch Castration oder Kinderaussetzung bewirkten, die Qualification von *meurtre* oder *homicide volontaire* giebt, so läßt sich auch nicht als in dem Gesetze enthalten der Satz aufstellen, daß jede durch freiwillige Körperverletzung, aber ohne Absicht zu tödten, hervorgebrachte Lebensberaubung als *meurtre* oder *homicide volontaire* anzusehen sey, obgleich für solche Fälle in dem Gesetzbuche keine andre darauf passende

---

13) Code pénal art. 457.

14) Vgl. Weber in diesem Archiv Bd. X. S. 452. und Winslinger de differentia inter delicta dolosa et culposa. Bruxellis 1824. p. 78. „de *doli* et *culpae* concursu."

15) Der erste Fall fällt übrigens auch in die Kategorie des Art. 304. des Code pénal, der aber selbst eine Ausnahme von dem für die Concurrenz aufgestellten Princip ist. Hinsichtlich des zweiten Falls schließt sich der Art. 437. an die Bestimmungen von Art. 316. verglichen mit 325. und von Art. 351. des Code pénal an. — Vgl. art. 365. des Code d'instruction criminelle.

Bestimmung enthalten zu seyn scheint, und die Praxis diesen Satz annimmt [16]).

Nach Beschaffenheit der Umstände ist also *homicide* im französischen Rechte bald ein Verbrechen, bald ein Vergehen, und in beiden Fällen giebt es verschiedene Arten desselben; auch bediente sich der französische Gesetzgeber des Worts *homicide* in Fällen, wo alle Idee einer verbrecherischen Handlung ausgeschlossen ist, und spricht nicht nur allein von dem schon oben genannten *homicide casuel*, sondern auch von einem *homicide legal*, wenn das Gesetz die Tödtung befiehlt, und von einem *homicide legitime*, wenn das Gesetz sie erlaubt, welche beide Arten von Tödtung der Gesetzgeber auch als *crimes justifiés* bezeichnet, wogegen man die letzte wenigstens, oder die Tödtung in Nothwehr als *meurtre justifié* noch passender bezeichnen könnte [17]).

Das Wort *homicide* also enthält nicht nothwendig den Begriff eines Verbrechens oder Vergehens, noch weniger stellt das französische Gesetzbuch einen allgemeinen gesetzlichen Begriff von *homicide* auf, aus dem für die verschiedenen Arten strafbarer Tödtungen gewisse allgemeine Merkmale sich entwickeln ließen, und so wie die Praxis, was bei der verschiedenen Competenz der Gerichte in Hinsicht auf Tödtung natürlich ist [18]), besonders die durch die Art der Willensbestimmung von einan-

16) Vgl. Legraverend a. a. O. S. 114. not. 6. und Wintinger a. a. O. S. 80. not. 2. u. S. 189.

17) Vgl. den oben angeführten *Rapport* mit Art. 327 u. 328. des Code pénal von 1810. und P. II. tit. 2. Sect. II art. 5—6. des Code pénal von 1791.

18) Mit Argumenten, ähnlich denen, welche Oersted in seiner Prüfung des baierischen Strafgesetzbuchs, Kopenhagen S. 19 u. f. gebraucht, hat auch Jarcke in Hitzig's

der unterschiedener Arten strafbarer Tödtung auch als ganz verschiedene Delicte ansieht, so hat auch bis jetzt die Doctrin noch nicht an die Aufstellung eines allgemeinen Begriffs von Tödtung als eines mehrere Arten in sich begreifenden Gattungsbegriffs gedacht. Es ist übrigens die Aufstellung eines allgemeinen Begriffs für mehrere Arten verbrecherischer Handlungen, auch solcher, die nach der französischen Eintheilung der Verbrechen in drei Klassen, verschiedenen Klassen angehören, selbst dem französischen Gesetzbuche nicht fremd. So giebt es z. B. eine Definition von *vol*, und begreift unter dieser Benennung nicht nur allein verschiedene Diebstähle, die nach Beschaffenheit der Umstände bald *crimes* bald *délits* sind, sondern auch das, was nach gemeinem deutschen Rechte Raub heißt, sogar auch nach einer richtigen auf das frühere Recht sich gründenden Interpretation des *crimen termini moti* [19]).

§. II.

Wenn wir die bisher erwähnten Bestimmungen des französischen Rechts über Tödtung mit den entsprechenden

Zeitschrift Hft. IV. S. 594. sich gegen das Verweisen gewisser Verletzungen an verschiedene Gerichte nach dem Unterschiede von *dolus* und *culpa* erklärt. Allein dagegen läßt sich wohl noch Manches erinnern.

19) Vgl. Code pénal art. 379. mit den folgenden und insbesondere Art. 389. Das Verhältniß des letztgenannten Artikels zum Artikel 456. ergiebt sich aus der Vergleichung dieser Bestimmungen mit Tit. 2. art. 17 u. ff. des Code rural von 1791. Auch Carnot, Commentaire sur le Code pénal, Paris 1824, sonst der ausführlichste Commentator des Strafgesetzbuchs, hat dies übersehen, und gegen den wahren Sinn des Gesetzes den art. 456. für eine Strafbestimmung gegen das eigentliche *crimen termini moti* genommen, art. 389. aber für ein *furtum qualificatum*.

den der Carolina auf unbefangene Weise vergleichen, so werden wir zwischen beiden eine große Uebereinstimmung finden, obwohl die Doctrin des gemeinen deutschen Rechts davon sehr abweicht, und besonders in dem Zusammenfassen der verschiedenen Arten strafbarer Tödtungen in einen Gattungsbegriff unter den meisten Rechtsgelehrten eine übereinstimmende Theorie sich gebildet hat, während in dem Zusammenfassen mehrerer Verbrechen gegen das Eigenthum eine große Verschiedenheit sich zeigt. So hat bekanntlich Tittmann den Diebstahl und den Raub in gesonderten Kapiteln neben verschiedenen andern Verbrechen als Arten des Verbrechens *gegen das Eigenthum* abgehandelt, von diesem einen eigne Definition aufgestellt, und gewisse, allen Arten desselben gemeinschaftliche Merkmale festgesetzt [20]). Feuerbach dagegen nimmt eine Klasse von Verbrechen gegen erworbene Rechte, als Art derselben individuell gefährliche Verletzungen des Rechts auf Sachen an, ohne damit mehr als bloße Rubriken und ohne von den unter den gemeinschaftlichen Rubriken enthaltenen Verbrechen gemeinsame Merkmale anzugeben. Als Unterarten der individuell gefährlichen Verletzungen des Rechts auf Sachen wird erst die Verletzung des Rechts an Sachen durch bloße Beschädigung, dann die Verletzung des Eigenthums durch Entwendung angegeben und diese in Raub und Diebstahl eingetheilt [21]). Roßhirt hat sich gegen diese Vereinigung von Raub und Diebstahl im Sy-

20) Handbuch der Strafrechtswissenschaft. 2te Ausg. Halle 1825. Bd. II. §. 377. 401. 479.

21) Letzte Ausgabe seines Lehrbuchs. Gießen 1832. S. 202 u. f. §. 510. 512. 523.

stem ausgesprochen, und den Raub wie Aufruhr, Brandstiftung u. a. als eine Art von Staatsverbrechen der zweiten Klasse, diese aber als eine Unterart der Verbrechen gegen die Integrität und Sicherheit des Staats und neben diesen die Tödtungen, die Diebstähle, die Fälschungen nebst andern als Hauptklassen der Verbrechen aufgestellt [22]). Wächter nahm einigermaßen an Roßhirt's Bekämpfung der Feuerbach'schen Classification Theil; allein in der von ihm aufgestellten Klasse von Verbrechen wider die Vermögensrechte spricht er in der ersten Unterabtheilung von rechtswidriger Zueignung beweglicher Sachen, als deren Arten Diebstahl und Raub aufgeführt werden [23]).

Sollte es nun aber nicht zweckmäßiger und richtiger seyn, diese beiden Verbrechen unter der Rubrik von Entwendung zusammenzufassen, statt unter der von rechtswidriger Zueignung beweglicher Sachen, besonders da die Carolina selbst, obschon sie Raub und Diebstahl an zwei weit aus einander stehenden Stellen abgehandelt, an mehreren Stellen gemeinschaftliche Verfügungen enthält, nicht nur allein in Ansehung gestohlner und geraubter Sachen, sondern auch in Ansehung der des Raubs und Diebstahls Schuldigen, und nicht nur allein von einem räublichen Nehmen und einem dieblichen Nehmen, sondern auch ausdrücklich von Entwenden durch Raub und Entwenden durch Diebstahl redet [24]). Es scheint also Feuerbach so Unrecht nicht

22) Lehrbuch. Heidelb. 1821. S. 270—273. 362.
23) Lehrbuch, 2ter Th. S. 263 u. f.
24) Vgl. Art. 40. 207. 208. 209. 212. 215. 214.

zu haben, wenn er beide Verbrechen unter dem gemeinschaftlichen Namen der Entwendung zusammenfaßt; nur darin mag er Unrecht haben, daß er von Entwendung einen Begriff giebt, der zum Theil von der römischen Definition des *furtum* hergeholt ist, zu dessen gesetzlicher Rechtfertigung er sich wenigstens auf diese Definition beruft [25]). Zwar behauptet Wächter, das Wort Entwenden sey in der Carolina in keinem besondern technischen Sinne genommen, sondern in dem des Sprachgebrauchs, nach welchem Entwendung jeden Act bezeichnet, durch welchen man eigenmächtig eine Sache dem Berechtigten entzieht, es bezeichne vielmehr dies Wort die Begehungsart sehr verschiedenartiger Verbrechen, und unsre deutschen Gesetze behandelten alle Fälle, welche Manche unter dem Verbrechen der Entwendung begreifen, als besondre für sich bestehende Verbrechen, es sey also doch wohl richtiger, ein eignes Verbrechen der Entwendung nicht aufzustellen [26]). Allein es handelt sich nicht um Aufstellung eines eignen, von Diebstahl sowohl als Raub ganz verschiedenen

25) a. a. O. §. 512. Wir werden darauf noch zurückkommen.

26) a. a. O. S. 288. 289. Martin Lehrbuch, 2te Ausg. Heidelb. 1829 spricht §. 158. von Entwendung als determinirtem Privatverbrechen, §. 303. vom Raub als einem gemischten Staats- und Privatverbrechen. Allein sollte nach dieser Rücksicht Diebstahl mit Einbruch nicht eben so gut in diese Kategorie zu setzen seyn, besonders bei der eigenthümlichen Ansicht des deutschen Rechts von Störung des Hausfriedens? Darüber hat Einiges Jarcke in seinem Handbuch Th. II. S. 222. gesagt. Es läßt sich aber noch weit mehr darüber aus dem historischen und politischen Gesichtspunkt sagen. Vgl. F. T. Bentinck de domus sanctitate. Lugd. Bat. 1830.

398227

Verbrechens, sondern um einen aus gemeinschaftlichen Merkmalen gebildeten Gattungsbegriff, der in den Gesetzen gegründet jene beiden Verbrechen als Arten unter sich begreift. Dann ist ja gerade der von Entwendung dem Sprachgebrauch nach gegebene Begriff so ziemlich identisch mit dem, was von Wächter selbst als Gattungsbegriff von Diebstahl und Raub angegeben wird, indem zwischen der eigenmächtigen Entziehung einer Sache von dem Berechtigten, und rechtswidriger Zueignung beweglicher Sachen der hauptsächlichste Unterschied wohl in dem Beweglichen liegen dürfte, das aber eben in der Begriffsbestimmung von Entwendung, man nehme nun davon einen technischen oder einen vulgären Begriff an, keineswegs fehlen darf, indem wohl Niemand von Entwendung einer unbeweglichen Sache redet. Heißt ferner der Ausdruck: „Entwendung bezeichnet nur die Begehungsart verschiedenartiger Verbrechen", nicht aber so viel, als: er bezeichnet das Gemeinsame im Thatbestande mehrerer Verbrechen, die als verschiedene Arten eben unter dem Gattungsbegriff von Entwendung enthalten sind? Wenn endlich der Schluß richtig ist: „unsere deutschen Gesetze sehen alle Fälle, welche Manche unter dem Verbrechen der Entwendung begreifen, als besondere für sich bestehende Verbrechen an, folglich bildet jenes kein eignes Verbrechen"; so ist der Schluß nicht weniger richtig: unsre deutschen Gesetze sehen alle Fälle, welche unsere Juristen gewöhnlich unter dem Verbrechen der Tödtung begreifen, als besondere für sich bestehende Verbrechen an, folglich bildet jenes kein eignes Verbrechen.

Die Wahrheit des im letzten Schluß liegenden Vordersatzes soll im Folgenden näher nachgewiesen werden. Komisch aber ist es, daß fast alle Lehrer des gemeinen deutschen Strafrechts, mit ihnen Wächter selbst, ein eignes Verbrechen der Tödtung annehmen. Die meisten stellen eine allgemeine Definition dieses Verbrechens auf, obschon weder die römischen oder die deutschen Rechtsquellen eine solche enthalten. Die meisten stellen gewisse, allen Arten dieses Verbrechens gemeinsame Grundsätze auf, obschon solche weder die römischen noch die deutschen Gesetze ausdrücklich bezeichnen. Ich will damit nicht sagen, daß man hierin völlig Unrecht habe, aber ich will damit nur andeuten, daß man eben so Recht haben könne, eine Definition von Entwendung zu geben, und von derselben als einem Verbrechen gemeinsame Merkmale anzugeben, die dann eben so gut auf die Begriffe von Raub und Diebstahl passen, als die gewöhnlich von der Tödtung im Allgemeinen aufgestellten Grundsätze auf die Begriffe von Todtschlag, Mord u. dgl. anwendbar sind.

§. III.

An sich und seiner Etymologie nach bezeichnet das Wort Entwendung eben so wenig als das Wort Tödtung nothwendig etwas Verbrecherisches; und so wie, wenn Jemand durch seine Handlung Ursache der Lebensberaubung eines Andern wurde, gesagt wird, er habe den Andern getödtet, auch wenn ihm nicht die mindeste Schuld dabei zuzumessen ist, so kann auch von Jemandem, der eine Sache dem Besitze des Berechtigten entzogen hat, gesagt werden, er habe die Sache ihm entwendet, auch wenn ihm dabei durchaus keine

Schuld beigemessen werden kann. Nach der Etymologie des Worts und vielleicht auch nach dem älteren Sprachgebrauch läßt sich ferner wohl eben so gut von fahrlässiger Entwendung, wie von fahrlässiger Tödtung reden, nur wird die fahrlässige Entwendung in der Regel nicht als Verbrechen angesehen, während die fahrlässige Tödtung gewöhnlich als solches betrachtet wird. Wie übrigens es denkbar ist, daß Gesetzgeber eine durch Fahrlässigkeit bewirkte Entwendung einer Strafe unterwerfen [27]), so ist es auf der andern Seite denkbar, daß Gesetzgeber die Bestrafung fahrlässiger Tödtung mißbilligten [28]). Auch glaube ich, daß es verständlicher und richtiger seyn dürfte, zu sagen: die fahrlässige Entwendung ließe sich nach positiven Gesetzen als strafbar denken, ihre Bestrafung aber sey philosophisch nicht

---

27) Daß wenigstens Jemand durch das nämliche Factum, durch das er, wenn er dabei die Absicht hatte, *ut furtum committeretur*, auch *furti reus* wird, ohne diese Absicht, oder *non data opera ut furtum committeretur*, wenn ihm dabei nur *lascivia* zur Last gelegt werden kann, nach der *Lex Aquilia* strafbar oder vielmehr einer *actio legis Aquiliae utilis* unterworfen sey, sagt Gajus ausdrücklich Comm. III. §. 202: *Furti reus est qui boves fugavit, ut alius eos exciperet. Sed si quid per lasciviam et non data opera* ut furtum committeretur, factum sit, videbimus an *utilis Aquiliae actio* dari deberet, cum per legem Aquiliam etiam *culpa puniatur*. Die Institutionen §. 11. de oblig. qu. ex. del. sprechen dabei nur von einer *actio in factum*.

28) Man lese z. B. Bavoux leçons préliminaires sur le Code pénal, Paris 1821, wo so sehr pag. 157 u. f. gegen den Art. 319. geeifert wird, und denke sich, daß eben dieser Schriftsteller in der vor Kurzem in der Kammer der französischen Deputirten vorgenommenen Revision des Strafgesetzbuches nicht ohne Einfluß gewesen ist.

zu billigen, als mit Feuerbach zu behaupten: „fahrläſſige Entwendung ſey wohl philoſophiſch denkbar, aber nach poſitivem Geſetz unmöglich“ [29]). Die abſichtliche Entwendung fremden Eigenthums aber bildet entweder das Verbrechen des Diebſtahls oder des Raubes [30]), etwa wie die abſichtliche Tödtung entweder den Mord oder den Todtſchlag, und da in der Hinſicht der geſetzliche, wenn auch nicht der gewöhnliche Sprachgebrauch, wie noch zu zeigen, völlig beſtimmt iſt, ſo iſt es natürlich auch eben ſo unpaſſend, von einem fahrläſſigen Mord, als von einem fahrläſſigen Diebſtahl zu reden [31]).

---

29) a. a. O. §. 520. Vgl. die daſelbſt citirten Kleinſchrod und Grolman. Beide haben in gewiſſem Sinne recht, Erſterer, wie ſich noch weiter unten ergeben wird.

30) Nach dem älteren germaniſchen Recht läßt ſich ſogar der Grund der Eintheilung in Raub und Diebſtahl mit dem der Eintheilung in Todtſchlag und Mord in Vergleichung ſetzen, wie auch Grimm Alterthümer S. 634. ganz richtig bemerkte. Auch haben ältere Particularaeſetze, z. B. die Statuta Stadenſia von 1279 in Pufendorf Obſervat. Jur. Vol. I. pag. 24, von *dâwe* und *rove* d. h. heimlicher und gewaltſamer Entwendung oft in demſelben Kapitel gehandelt, und der Sachſenſpiegel ſpricht oft in Vereinigung von beiden Verbrechen, ſo wie von dieblich und räublich aus der Gewehre bringen Bd. II. Art. 29, worüber auch Kleinſchrod Abhandlungen aus dem peinlichen Recht Th. II. S. 74. nachgeſehen zu werden verdient.

31) Es iſt eine *contradictio in adjecto*, und in ſo fern hat Kleinſchrod a. a. O. S. 90. Recht, wenn er die Unmöglichkeit eines culpoſen Diebſtahls nach der Natur der Sache läugnet. Nur muß man nicht das Gleiche von fahrläſſiger Entwendung ſagen, wie Feuerbach thut, da Entwendung dem Begriff des Sachſenſpiegels aus der Gewehre bringen dem römiſchen *contrectatio* einigermaßen entſpricht und man wohl nach römiſchem Recht nicht blos von *contrectatio fraudulosa*, ſondern auch von *contrectatio culposa* reden kann; wenn aber jenes allein *furtum* heißt, von *furtum culposum* zu reden Unſinn iſt.

und dies allein ist der wahre Grund des von Feuerbach anderswo Bemerkten, daß man nicht von fahrlässigem Verbrechen des Hochverraths, des Betrugs, der Fälschung reden kann. Damit aber ist nicht gesagt, daß die Handlungen, welche den sogenannten objectiven Thatbestand dieser Verbrechen, vorzüglich des Hochverraths bilden, mit Fahrlässigkeit begangen, nicht auch Verbrechen constituiren könnten. Nur nennen weder die Gesetze noch der Sprachgebrauch dies einen Hochverrath, obschon der eigentliche Hochverrath mit der fahrlässigen Gefährdung der Existenz des Staats eben so gut unter einer gemeinschaftlichen Benennung zusammengefaßt werden könnte, wie wir Mord und fahrlässige Lebensberaubung unter dem Namen von Tödtung zusammenfassen. Es ist darum auch falsch zu sagen: „Gewisse Verbrechen, wie Hochverrath, schließen die Fahrlässigkeit als strafbare Uebertretung aus"; wenigstens kann dies sehr leicht mißverstanden werden, und in Hinsicht auf das, was Wahres an der Sache ist, kann zu den dabei angeführten Verbrechen des Hochverraths, des Diebstahls u. a. noch eben so gut der Mord, ja nach dem noch zu beweisenden Sprachgebrauch der Carolina auch der Todtschlag hinzugefügt werden, indem dieselbe darunter abweichend vom älteren germanischen Recht nur etwas *dolo* Geschehenes versteht [32]).

32) Der Beweis wird, wie gesagt, weiter unten geliefert. Die hier eben berichtigten Aeußerungen Feuerbach's stehen in seinem Lehrbuche §. 55. not. *a*. Daß §. 238. die fahrlässige Tödtung eines Kindes culposen Kindesmord nennt, ist eben so unpassend und schon

Obwohl nun aber die Carolina von einem Entwenden durch Raub und einem Entwenden durch Diebstahl redet, wie anderwärts von räublichem und dieblichem Nehmen, wie der Sachsenspiegel von räublichen und dieblichen aus der Gewehre bringen, und sohin Entwenden an sich kaum mehr als das römische *contrectare* sagt, so ist indessen doch zu bemerken, daß nach neuerem Sprachgebrauche das Wort Entwenden mehr den Begriff der absichtlichen Entwendung fremden beweglichen Guts angenommen habe, und da auch schon die Carolina dies Wort nur in Beziehung auf Raub und Diebstahl gebraucht; so *möchte* es noch weit mehr für ein technisches in denselben zu nehmen seyn, als das Wort Tödtung, welches nicht nur allein ohne Zweifel auch von fahrlässiger Lebensberaubung gebraucht wird, sondern auch, wie das Wort Entleibung, in solchen Fällen, wo weder *dolus* noch *culpa* dem Handelnden zur Last fällt, und die Lebensberaubung als Folge der Handlung durchaus den Begriff des Verbrechens ausschließt. Daß die Carolina das Wort Tödtung in keinem technischen Sinne brauchen wollte, sieht man übrigens auch schon daraus, daß in dem allgemeinen Titel, unter welchem verschiedene Arten strafbarer Tödtungen zusammengefaßt werden, dieselben als Verbrechen durch das Wort böse genauer bezeichnet werden. Es hat daher durchaus keinen gesetzlichen Grund, wenn man das Wort Tödtung an sich als „eine rechtswidrige Hand-

von Andern gerügt worden. Mit dieser Rüge stimme ich vollkommen überein, ob ich gleich aus anderswo zu erörternden Gründen die von Einigen vorgeschlagene Unterscheidung zwischen Kindermord und Kindertodtschlag nicht billigen kann. Vgl. Martin Lehrb. §. 122. not. 1.

lung erklärt, welche die hinreichende Ursache des erfolgten Todes eines Menschen ist" [33]), oder sagt: „jede rechtswidrige Vernichtung des Lebens eines Menschen heißt Tödtung." Der gesetzliche Begriff des Wortes Tödtung geht viel weiter, aber eben jener Titel der Carolina: hernach folgen etlich böse Tödtung, unter welchen von Mord, Todtschlag und einigen Arten fahrlässiger Tödtung die Rede ist, scheint Veranlassung zur Annahme eines eignen Verbrechens der Tödtung gegeben zu haben, während der Titel: hernach folgen etlich Artikel vom Diebstal, unter welchem der Artikel vom Raube nicht mit enthalten, obschon dies Verbrechen mit dem Diebstahl anderswo unter dem Worte Entwenden zusammengefaßt ist, Ursache zu seyn scheint, warum man die Entwendung nicht als eignes Verbrechen will gelten lassen.

Wenn der erste der sogenannten Titel der Carolina allein ein hinreichender Grund seyn könnte, ein eignes Verbrechen der Tödtung anzunehmen, und die unter diesem Titel abgehandelten Verbrechen des Mords, des Todtschlags und der fahrlässigen Tödtung als besondere für sich bestehende Verbrechen nicht anzusehen, so dürften auch wohl als solche weder die Vergiftung noch die Kinderabtreibung noch die Kinderaussetzung betrachtet, sondern auch diese müßten nur als Arten des Verbrechens der Tödtung aufgeführt werden [34]), was aber

---

33) Vgl. Feuerbach's Lehrbuch §. 206. und Tittmann's Handb. Th. 1. §. 144.

34) Art. 130. 132. 135. C. C. C. mit der Ueberschrift von dem erstgenannten Artikel.

die Criminalrechtslehrer nicht zu thun pflegen, von denen Einige sogar einzelne dieser Missethaten in eine eigne Klasse vager Verbrechen verwiesen haben [35]). Der sogenannte Selbstmord, den Feuerbach als bloßen Anhang zur Lehre von der Tödtung abhandelt, Andre von dem Gesichtspunkte eines eignen Verbrechens gegen den Staat betrachten, ist von der Carolina unter jenem Titel als eigne Tödtung aufgeführt [36]), und nehmen wir nach der richtigen Interpretation an, daß die Carolina in Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte diese That gar nicht als Verbrechen habe betrachten, und folglich in der Ueberschrift Straf eigner Tödtung eigentlich habe sagen wollen, sie sey nicht zu strafen [37]), so müssen wir auch anerkennen, daß die Carolina in Benennung der Selbstentleibung logischer als der neuere Sprachgebrauch sey, indem auf dieselbe nach dieser Voraussetzung wohl der Begriff von Tödtung, aber nicht der von Mord paßt. Auch nach

55) Feuerbach Lehrbuch §. 247. 589. 592.

56) Art. 135. Vgl. Feuerbach §. 241 u. f.

57) Doch ist dieser Grundsatz nicht germanisch. In der in diesem Archiv Bd. XII. S. 402. erwähnten *lex terrae francae* vom Jahre 1190 ist Selbstmord sogar mit Brandstiftung und *mortificatio*, nicht aber der davon ausdrücklich unterschiedene *doutslaga* zu den hohen Wroegen oder *forisfactis* gezählt, über welche die Gerichtsbarkeit des Grafen ausschließlich begründet war, während die *domini terrae* über niedere Verbrechen ihre *servientes* selbst bestrafen durften. Die Stelle heißt: *homicidium de uno homine tantum* et *incendium* et *mortificatio* relinquitur in manu *Comitis* et Castellani. Daß unter *homicidium de uno homine tantum* wie unter dem englischen *felo de se* der Selbstmord verstanden wurde, beweist die Reformation jenes Landrechts vom J. 1523, wo es heißt: *quant une persone meismes se achist, arsins et murders.*

dem Artikel, welcher die Strafe des Mords und des Todtschlags als besonderer Verbrechen festsetzt, ist noch zur Bekräftigung dessen, was wir über den nicht technischen Begriff des Worts Tödtung gesagt haben, in der Carolina von einigen straflosen Tödtungen die Rede. Freilich werden diese sogar als unleugbare Todtschläge qualificirt, allein daraus läßt sich meiner Meinung nach doch nicht das folgern, was daraus Wächter gefolgert hat [38]), wie weiter unten näher ausgeführt werden soll.

Zunächst aber scheint uns die Frage nicht unwichtig, wie weit sich denn eigentlich der Titel: Hernach volgen etlich böse Tödtung, erstrecke? Man könnte eigentlich wohl annehmen, daß der Gesetzgeber unter dieser Rubrik Alles habe begreifen wollen, was bis zur Rubrik: Hernach volgen etlich Artikel vom Dibstall, steht. Allein vergleicht man die Worte jenes Titels in ihrer Vollständigkeit: hernach volgen etlich böse Tödtung und von straf derselben thätter, mit dem bald darauf folgenden Titel: von unleugbaren Todtschlägen, die aus solchen ursachen geschehen, so entschuldigung der straff auf jenen tragen; so findet man zwischen beiden Titeln einen Gegensatz, indem im ersten böse, d. h. strafbare Tödtungen, im zweiten solche abgehandelt werden, die zwar unläugbar im Sinne der Carolina Todtschläge, aber straflos sind. Der Umfang des ersten Titels geht also nicht vom Art. 130 bis Art. 156, sondern nur vom Art. 130 bis Art. 137. einschließlich, und da die fahrlässige Tödtung mit

38) Lehrbuch Th. II. S. 151 u. f.

Ausnahme der zwei speciellen Fälle der Tödtung durch Arznei und durch Thiere in diesem Titel nicht abgehandelt ist, sondern erst in dem später folgenden und ohne Zweifel auf römisches Recht verweisenden Artikel 146, so müßte man eigentlich, um consequent zu seyn, sagen, die fahrläßige Tödtung gehöre nicht unter den Begriff böser Tödtung, wenn man daraus, daß der Artikel 126., der, vom Raube handelnd, weit getrennt steht von dem Titel, unter dem die verschiedenen Arten von Diebstahl abgehandelt sind, folgern will, der Raub dürfe deshalb mit diesen Verbrechen nicht unter den gemeinschaftlichen Begriff der Entwendung zusammengefaßt werden. Man sieht also, daß bei der Begriffsbestimmung der Tödtung als einer eignen mehrere Arten strafbarer Tödtungen enthaltenden Verbrechensgattung, in dem Begriffe, zu dessen Bestimmung der nachgenannte Titel Anlaß gegeben zu haben scheint, weder Alles in diesem Titel Enthaltene aufgenommen werden kann oder jemals von Rechtsgelehrten aufgenommen worden ist, noch Nichts von dem aufgenommen wird und werden darf, was außerhalb jenes Titels steht. Der Titel allein also autorisirt uns zur Annahme eines eignen criminalrechtlichen Begriffs von Tödtung in dem gewöhnlich angenommenen Umfang keineswegs, und eben so wenig berechtigt uns dieses vom Gesetz sonst gebrauchte Wort selbst, in dem es eben so wie das Wort Entleibung in der Carolina eben sowohl von allen bösen als von allen entschuldbaren, also von strafbaren wie von straflosen Lebensberaubungen gebraucht wird, von denen sowohl die mit Arglist und Willen als von denen, die ungefährlich und wider Willen,

nach der Terminologie des Gesetzes, gröblichen, so daß das Wort Tödtung in keiner Hinsicht, in noch weniger als das Wort Entwendung nach der Absicht des Gesetzgebers als ein technisches angesehen werden kann.

§. IV.

Gegen das im vorigen Abschnitt Gesagte wird man vielleicht einwenden, das Wort Todtschlag selbst werde in der Ueberschrift zum Art. 138. von ganz straflosen Tödtungen gebraucht, und demnach berechtige der Art. 137, das Wort auch als ein technisches anzunehmen. Dies ist im Ganzen wohl zuzugeben, allein beizufügen ist, daß selbst der gesetzliche Gebrauch des Wortes Todtschlag von ganz straflosen Tödtungen noch auf eine Einschränkung des Begriffes weist, die selbst in seinem allgemeinern Gebrauch das Wort noch zum technischen macht. Hierbei aber ist es nöthig, auf die schon oben berührte Aeußerung Wächter's [39]) zurückzukommen, die wir zum Theil mit Hülfe des Werkes von Salwechter, auf das wir schon bei andrer Gelegenheit [40]) aufmerksam gemacht haben, einigermaßen berichtigen zu können hoffen.

Nach Wächter's Ansicht ist Todtschlag nach dem Sprachgebrauche der Carolina jede dolose Tödtung, bei welcher die besonnene Ueberlegung fehlt, ferner jede culpose Tödtung, und selbst Tödtungen, bei welchen die Zurechenbarkeit zur Schuld ganz fehlt, würden mit diesem Namen bezeichnet. Zum Beweise dieses Satzes wird die Rubrik:

39) Lehrbuch a. a. O.

40) In diesem Archiv Bd. XII. Hft. 3. S. 445.

von unleugbaren Todtschlägen so entschuldigung der straff auf jenen tragen, angeführt, und behauptet, darunter seyen nicht nur allein Art. 138 und die nächstfolgenden, die von der Nothwehr handeln, sondern auch die darauf folgenden bis zu Art. 148. enthalten, also auch der, welcher die Ueberschrift trägt: von ungeverlicher Entleibung die wider eynes thätters willen geschicht ausserhalb einer Notweer. Da nun aber in diesem Artikel sowohl culpose als ganz casuelle Tödtungen genannt werden, so müßte das Wort Todtschlag nach dem Sinne des Gesetzes jede strafbare sowohl als straflose Tödtung mit Ausnahme des Mordes bezeichnen. Wenn wir ferner bedenken, daß in mehreren der Carolina vorhergehenden und nachfolgenden Rechtsquellen und schriftstellerischen Arbeiten selbst der Mord ein Todtschlag genannt wird [41]), etwa wie im französischen Rechte in dem Begriffe von *assassinat* der von *meurtre* enthalten ist [42]), daß namentlich in dem Werke über das Halsgericht oder dem *Tractaet Criminel* von Salwechter, das gewissermaßen Quelle der Carolina war, in einem Kapitel von Strafe derjenigen, die mit Absicht und üblen Muth einen

41) Vgl. des alten Landes Ordnung vom J. 1588 in Dreyer's vermischten Abhandlungen Th. I. S. 555. Daselbst ist von Mord die Rede oder heimlichem Todtschlag der nach dem keiserlichen geschriebenen alten Landrechte bestraft würde. Eben so heißt es in der von Böhmer, Medit. ad art. 157. § 10. jedoch nur halb angeführten Stelle aus den Utrechter Statuten von 1550: Wy verstaen Mord verhohlen Doodslagen u. s. w.

42) Tout *meurtre* commis avec préméditation est qualifié *assassinat*. Code pénal. art. 296.

Todtschlag thun, in einem andern von dem Unterschiede der Todtschläger, die mit Absicht und Willens um Gelds oder andrer Sach willen heimlich jemand ermorden, schon nach römischem Rechte strenger und nach deutscher Gewohnheit mit dem Rade bestraft werden sollten [43]); so müßte man nach Wächter's Ansicht annehmen, das Wort Todtschlag, das, wie wir oben gesehen haben, gegenüber dem Mord schon im zwölften Jahrhunderte genannt wird, habe im weitern Sinne in dem Altgermanischen nicht mehr und nicht minder als Tödtung überhaupt bedeutet, und es sey durch die Carolina der Begriff nur in so fern beschränkt worden, daß der Mord davon ausgeschlossen wurde.

Allein bei genauerer Untersuchung wird man sich überzeugen, daß die Sache sich anders verhält, und vorzüglich wird man den wahren Sinn des Gesetzes auffinden, wenn man annimmt, daß dem Titel: von unleugbaren Todtschlegen, die auß solchen Ursachen geschehen, so entschuldigung der Straff auf jenen tragen, der nachfolgende Titel: von ungeverlicher entleibung die wider eines thätters willen geschicht außerhalb einer notweer keineswegs untergeordnet, sondern gegenübergestellt worden sey. Zu jenem Titel gehören also blos die Artikel 138 bis 145. einschließlich, und bei genauer Betrachtung wird man finden, daß auch

43) Cap. 78 und 82. Auch in dem von Wicht herausgegebenen ostfriesischen Landrecht, und bei Tengler wird der Mord noch Todtschlag, aber ein mit Vorsatz und Vorbedacht begangener genannt. Vgl. Jarcke in Hitzig's Zeitschrift Hft VII. S. 155. 157.

auch in diesem eingeschränktern Umfange der Titel mehrere Fälle in sich enthält, die aber alle gewisse Merkmale mit einander gemein haben, durch die sie auch mit dem in dem Artikel 137. beschriebenen eigentlichen Todtschlag übereinkommen, aber von der fahrläßigen Tödtung sowohl als von der rein zufälligen und selbst vom Morde sich unterscheiden. Der Art. 139. spricht von dem Falle, wenn jemand eyn recht notweer thut, und denjehnen der jn also benötigt, inn solcher notweer entleibt; der Art. 145. von dem Falle, wenn jemand in eynes rechten Notweer wider seinen willen eynen *unschuldigen*, so er den nöttiger meynt, treff und entleibt hat; der Art. 142. endlich von den Fällen nicht hinreichend begründeter oder überschrittener Nothwehr. Der Artikel 138. spricht von allen diesen Fällen, oder vielmehr hauptsächlich von den in den Art. 139 und 145. enthaltnen Fällen im Allgemeinen, und setzt fest, daß die Thäter aus guten ursachen entschuldigt würden. Jedoch heißt es, würden nur einige allein von peinlicher sowohl als bürgerlicher Straf befreit, und dies ist besonders von den Fällen des Art. 139. zu verstehen, wo deshalb die Worte stehen: solche Thäter seyen niemants nit schudig; dagegen wird von denjenigen, die sich im Falle des Artikels 145. befinden, blos gesagt, daß sie von peinlicher Straf entschuldigt würden, was also vorauszusetzen scheint, daß sie wenigstens nach Beschaffenheit der Umstände bürgerlich bestraft werden könnten. In den Fällen des Art. 142. ist noch die Absicht des Gesetzgebers nicht nur allein nach Beschaffenheit der Umstände eine bürgerliche, sondern selbst eine

peinliche Strafe zu verhängen, und dieser Punkt soll weiter unten noch näher nachgewiesen werden. Zu dem hier Gesagten ist aber noch zu erwägen, daß selbst die Worte des Artikels 137: ein jeder todtschläger wo er deßhalb nit rechtmessig entschuldigung außfüren kan, habe das Leben verwirkt, hinreichend andeuten, daß die Fälle von Entleibungen, die ungeverlich auß geylheit oder unfürsichtigkeyt doch wider des thätters willen geschehn, und deren Thäter nach Artikel 146. nicht genug entschuldigt seyn, sondern nach Rath der Sachverständigen bestraft werden sollen, unter dem Begriffe von Todtschlag keineswegs enthalten sind, wogegen wieder im Artikel 148. von Todtschlägern die Rede ist, als solchen, die zwar zum Tode eines Menschen unvorsätzlich aber nicht wider ihren Willen beigetragen haben; über welchen Unterschied mit Beziehung auf Artikel 137. wir ebenfalls noch weiter unten zu reden haben werden.

Faßt man nun alles dieses zusammen und bedenkt, daß in dem Falle einer Entleibung des Röthigers in rechter Nothwehr man eigentlich nicht sagen kann, der Genöthigte habe wider Willen getödtet, obschon ihn zur Tödtung die Nothwendigkeit der Vertheidigung zwang, sondern vielmehr auch hier der Grundsatz der römischen Rechtsgelehrten zur Anwendung kommen kann: quamvis si liberum esset *noluisse*m tamen coactus *volui*, daß selbst in dem Falle, wo in einer gerechten Nothwehr der Genöthigte einen Unschuldigen entleibt, da er den Röthiger zu treffen meinte, wohl der Unschuldige wider des Thäters Willen getödtet wurde, die Ent-

leibung an sich aber nicht gegen den Willen desselben geschah [44]), so wird man auch zugestehen, daß der Begriff des Wortes Todtschlag selbst in seiner Ausdehnung auf die Fälle der Artikel 139 und 145. sich nur auf eine gewissermaßen mit Willen geschehene Tödtung bezieht, wie ja in den Artikeln 137 und 148. das Wort unbezweifelt nur ein homicidium *dolo*, höchstens noch, wie Einige wollen, *culpa dolo determinata* commissum bezeichnet. Die Fälle der zwei letztgenannten Artikel sind nach dem Sprachgebrauche der Carolina, mit Ausnahme dessen, was in diesen Artikeln vom Morde enthalten ist, Todtschläge die nit rechtmäßig Entschuldigung haben; die Fälle der beiden erstgenannten Artikel, Todtschläge so Entschuldigung der Straff auf jnen tragen, und die Fälle des Artikels 142., so wie zum Theil die des Artikels 145, sind unbezweifelt auch Todtschläge, die aber zwischen den entschuldbaren und nicht entschuldbaren in der Mitte stehen. Daß aber alle diese Fälle mit dem Namen Todtschlag bezeichnet werden, und nach älteren germanischen Rechtsquellen sogar der Mord unter jener Benennung im weitern Sinne mit enthalten war, hat vollkommen denselben Grund, aus welchem auch in der französischen Gesetzgebung unter dem Worte *meurtre* im weitern Sinne selbst das *assassinat* enthalten, unter *meurtre* im engern Sinne aber die als *crime* betrachtete, mit Willen, jedoch ohne Vorbedacht begangene Tödtung, ferner auch als *meurtre justifié* die Entleibung in Nothwehr, die völlig

44) L. 21. §. 5. D. quod met. causa. Vgl. auch Art. 145 mit 146. C. C. C.

straflos, also weder *crime* noch *délit*, und endlich als *meurtre excusable* die blos als *délit* betrachtete, nach vorhergehender schwerer Beleidigung doch außerhalb der Nothwendigkeit der Selbstvertheidigung begangene Tödtung begriffen ist. Diese vier Arten von Tödtungen können als *homicides volontaires* im Gegensatze der verschiedenen Arten des *homicide involontaire* im französischen Rechte eben so gut bezeichnet werden, wie nach dem Sprachgebrauche der Carolina sowohl die drei verschiedenen Arten von Todtschlag als der Mord unter der gemeinschaftlichen Benennung von williglicher Tödtung im Gegensatz von ungeverlicher Entleibung [45]) zusammengefaßt werden können. Es liegt also ein tiefer psychologischer Grund darin, warum unter dem Worte Todtschlag die Carolina verschiedenartige Fälle zusammenfaßte, und wir dürfen sie deshalb, daß sie selbst die Tödtung in vollkommen rechtmäßiger Nothwehr darunter begriff, noch weniger tadeln, als unsere Rechtsgelehrten Tadel verdienen mögen, daß sie als gesetzlich ausgezeichnet nicht qualificirte Diebstähle in dem Systeme Handlungen aufführen, die als Verbrechen gar nicht angesehen werden können [46]). Daß endlich die Carolina gegen den ältern Sprachgebrauch die drei genannten Arten von Todtschlag durch diese Benennung vom Mord unterschied, hat wieder seinen guten Grund

45) Vgl. Art. 154: „hett aber eyn Artzt solch tödtung williglich gethan" und Ueberschrift zu Artikel 146: „Von ungeverlicher Entleibung die wider eynes thätters willen geschicht".

46) Feuerbach's Lehrbuch §. 550. 551. vgl. mit der Ueberschrift vor 549.

darin, daß jene drei Arten von Todtschlag zwar wie der Mord willkürliche Tödtungen sind, aber dieser allein eine vorsätzliche im engern noch nachzuweisenden Sinne der Carolina genannt werden kann, mit andern Worten, daß jene drei Arten von Todtschlag das gemeinschaftliche von Mord sie unterscheidende Merkmal des Mangels der Ueberlegung oder der Jähheit im Sinne der Carolina haben. Auf der andern Seite lassen sich die Arten strafbaren Todtschlags mit dem Morde im Gegensatz von gänzlich entschuldigtem oder strafflosem Todtschlag wieder unter gemeinschaftlicher Benennung und durch gemeinsame Merkmale zusammenfassen. Dieser und jene nämlich werden als nicht nur mit Willen, sondern auch mit Arglist begangene Tödtungen von der Carolina, und mit diesem Wort, wie mit den in älteren Quellen vorkommenden Worten mit üblem Muth, wird das, was im Lateinischen mit *fraus* oder *dolus malus*, bezeichnet [47]), wogegen die Tödtung in völlig rechtmäßiger Nothwehr nach der Ansicht des Gesetzgebers zwar den Begriff des bösen Willens, aber nicht den des Willens überhaupt ausschließt, ohne daß es ein solcher Wille wäre, den der französische Cassationshof, selbst in Beziehung auf Wahnsinn, als eine *volonté quasi animale* annahm [48]). Dem gemäß werden

47) Vgl. „arglistig und mit Willen" C. C. C. Art. 146. — „*met overst en evelen moede*" bei Gailwechter cap. 78.

48) Als die Geschwornen einen für wahnsinnig Anerkannten für *coupable d'homicide volontaire* erklärt, und Andre in diesen Aussagen einen Widerspruch gefunden hatten. Vgl. Berriat-Saint-Prix Cours de droit criminel, 3e ed. Paris 1825. p. 6. not. 14. und das da-

auch Mord und strafbarer oder nicht zu entschuldigender oder nicht rechtmäßiger Todtschlag in der Carolina als Verbrechen durch die Worte böslich geschehene Tödtungen bezeichnet. Was die Carolina im Allgemeinen willigklich nennt, entspricht so ziemlich dem Worte absichtlich [49]), man könnte es auch nach dem ältern Sprachgebrauch gefährlich nennen, und das Gegentheil davon ist ungefährlich, welches in seiner ursprünglichen Bedeutung nicht mehr und nicht minder als das Französische *involontaire* bedeutet oder das Lateinische *involuntarius* [50]).

(Der Beschluß folgt.)

---

selbst citirte arrêt vom 4. Janvier 1817. Die Römer sagten *furiosi nulla voluntas*, und in gleichem Sinne mit Beziehung auf die besondre Bedeutung von Todtschlag sagt die Carolina in dem unter der Rubrik vor Art. 158. nicht enthaltenen Artikel 150. mit einer sehr feinen Unterscheidung: „Item so eyner zur rettung eynes andern leib und leben jemandt erschlegt, Item so leut tödten die jr Sun nit haben. Item so jemandt eynen bei nechtlicher weil in seinem Hauß erschlegt, oder so eyner ein thier hat, das jemandt tödtet". Auch dies bestätigt den von uns behaupteten Unterschied zwischen Tödtung und Todtschlag.

49) Wie es z. B. auch Feuerbach §. 217. von Absicht in Beziehung auf Todtschlag gebraucht. Minder richtig gebraucht er das Wort vorsätzlich §. 215., wie noch zu zeigen ist. Schon in sehr alten germanischen Rechtsquellen ist zwischen *opset* und *vorsat* unterschieden.

50) Das Wort gefährlich und sein Gegensatz ungefährlich oder ungeverlich scheinen nicht, wie man oft annimmt von wahren i. q. *cavere*, sondern von dem altdeutschen faren herzukommen, welches nach Wachter s. h. v. auch *de motu animi*, oder, um die Sache mit römischen von Papinian in L. 77. §. 26. D. de legat. II. gebrauchten Worten auszudrücken, *de voluntatis ad aliquid directa intentione* gebraucht wird,

und deshalb oft soviel als *tendere*, *tentare*, *agere* bedeutet. Vgl. im *Glossarium* zum *Codex Westrogothicus*, Stockholm 1827, das Wort *fara*. Uebereinstimmend damit heißt es in einem Nürnberger Privilegium vom J. 1354: „Der einen Mord und fährlichen Tod begangen, der soll kein Freiung genießen" So auch steht in der Carolina art. 167: „Wer Frücht heymlicher und geverlicher Weis nimmt." Vgl. Haltaus Gloss. s. v. fährlich und Walch s. v. gefährlich. Selbst das Wort gefährlich beim Diebstahl im Art. 159. geht meiner Meinung nach auf die dabei Statt findende Absicht des Diebes, etwa wie von *feloniously* in England in Beziehung auf das Verbrechen *burglary* die Rede ist, und die von Feuerbach Lehrbuch §. 364. angenommene Theorie scheint deshalb in Zweifel gezogen werden zu können, obschon das Wort gefährlich in der Carolina zuweilen auch in objectivem Sinne steht. Für die subjective Bedeutung vgl. Art. 168: „geverlicher und dieblicher Weis." Art. 170: „willicher und geverlicher Weis."

IV.

Die gesetzliche Beweistheorie in ihrem Verhältniß zu Geschwornengerichten,

mit besonderer Rücksicht

auf den neuesten Entwurf eines Gesetzbuchs über das Verfahren in Strafsachen von 1831

für das Königreich Baiern.

Von

Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes in Band XII. Nr. 16.)

Wir haben bereits in dem ersten Theile unseres Aufsatzes nachgewiesen, wie laut überall die Stimmen gegen die bisherige deutsche Beweistheorie sich aussprechen und wie allgemein die Versuche sind, die Fesseln dieser Theorie zu sprengen. Einen merkwürdigen Beitrag zu diesen Behauptungen liefert die Schrift eines mit dem deutschen Beweissystem vertrauten Praktikers, Gmelin [1]), der mit Gründlichkeit und Klarheit die Fruchtlosigkeit der legislativen Bemühungen in Bezug auf eine objective Beweistheorie, und die Selbsttäuschung der Gesetzgeber

1) In der Schrift: Ueber die heimliche Rechtspflege in Kleinstaaten mit besonderer Beziehung auf Würtemberg. Tübingen 1831.

darthut, welche sich schmeicheln, das subjective Ermessen der Richter durch gesetzliche Beweisregeln glücklich verbannt zu haben. Kein Versuch aber verdient eine größere Aufmerksamkeit, als die im Königreich Baiern in dem neuesten am Ende des Jahres 1831 den Ständen vorgelegten Entwurfe vorgeschlagene Einrichtung. — Die Motive des Gesetzes [2]) sprechen die Ansicht aus: Wird für die Würdigung der Beweise ein bestimmtes Maaß vorgeschrieben, so entstehen zweierlei Nachtheile; der eine ist, daß sich ein solches allerwärts anwendbares Maaß nicht finden läßt; der andere, daß dabei immer eine Menge Zweifel übrig bleiben und der Ausspruch *non liquet* (eine Entbindung von der Instanz nämlich) unvermeidlich ist. Es können alle Merkmale eines gesetzlich vollen Beweises vorhanden seyn, und das Gewissen des Richters wird ihm doch sagen, daß er nicht überzeugt sey; es kann dagegen etwas an den gesetzlichen Formen mangeln und der Richter doch volle Ueberzeugung haben. Positive Normen für die Vollständigkeit des Beweises können daher nicht gegeben werden, aber Sicherheit ist nöthig, daß nicht allzuschnell die Ueberzeugung ausgesprochen werde, daher Vorschriften, was nicht beweise. Die Motive halten nun für nothwendig, daß die Richter, welche über die Thatfrage entscheiden, andere seyen, als die über das Recht urtheilen; Geschwornengerichte, sagen ferner die Motive, sind unstreitig das beste Mittel, das aufgefunden werden kann, aber nur dann, wenn alle Umstände dazu geeignet sind. Zuvörderst gehört dazu eine Bekanntschaft des Volks mit dem Rechts- oder Gerichtsleben,

2) S. 140.

also eine öffentliche Rechtspflege, die schon einige Zeit bestanden hat. Die Motive sprechen nun aus, daß durch die Einführung der Öffentlichkeit durch Geschwornenwesen in Preß- und in Frevelsachen das Volk allmählig für das schwierige Amt des Beweiswürdigens über gemeine Verbrechen befähigt werden soll. — Wir wollen zuerst unsern Lesern ein treues Bild der Bestimmungen zu geben suchen, welche der Entwurf in Bezug auf die Trennung der That und Rechtsfrage und die Beweiswürdigung enthält. — Nachdem die Voruntersuchung geschlossen ist [3]), hat das Obergericht ein Erkenntniß über die Zulässigkeit der Anklage zu fällen, wenn nach dem Gesetze Todes-, Ketten- oder eine mehr als sechsjährige Freiheitsstrafe oder Dienstentsetzung eintreten kann [4]). Ist die Anklage erkannt, so tritt das öffentliche Verfahren ein. Am Tage der Audienz nehmen die Richter ihre Sitze ein. Zur Besetzung des Gerichts gehören 9 Richter und ein Vorstand. Die Richter haben dann zu loosen, und diejenigen, welche die ersten 5 Nummern ziehen, reihen sich zur Rechten des Vorstands und sind bestimmt, über die Thatfrage zu urtheilen; vier, welche die letzten Loose ziehen, reihen sich an die Linke, und haben mit dem Vorstande die Rechtsfrage zu entscheiden [5]). Nachdem das Verfahren eröffnet ist, wird der Angeklagte und sein Vertheidiger aufgefordert, anzugeben, ob Gründe vorhanden seyen, einen oder den andern der Richter zu verwerfen. Die Einwen-

3) Ueber die übrigen Bestimmungen des Entwurfs in einem spätern Hefte.

4) Entwurf Tit. II. Kap. 1. Art. 93 u. f. w.

5) Entwurf Art. 159.

dungen werden dann angegeben [6]) und von denjenigen Richtern, gegen welche keine Recusation vorgebracht ist, entschieden. Der Richter, gegen welchen die Einwendung als zulänglich erklärt ist, muß durch einen andern ersetzt werden. Die Verhandlungen werden dann auf ähnliche Weise wie im französischen Prozesse, jedoch mit manchen Verbesserungen, aber auch mit manchen andern Bestimmungen, die sehr bedenklich sind, geführt [7]); ehe zur Entscheidung der That- und Rechtsfrage geschritten wird, befragt der Vorstand den Staatsanwalt, die Civilpartei und den Angeklagten, ob sie keine Nichtigkeitsklage vorzubringen haben; wird eine solche vorgebracht [8]), so muß sie sogleich erörtert und von dem Vorstande und den 4 Richtern zur Linken entschieden, und wenn sie als zulässig erkannt ist, muß der nichtig erkannte Theil des Verfahrens wiederholt werden. Wird keine Nichtigkeitsklage vorgebracht, oder ist solche beseitigt, so treten die 5 Richter zur Rechten in das Berath-

6) Nach Art. 108. darf der Angeklagte Richter verbitten, welche mit der Civilpartei in besonderer Freundschaft oder mit dem Angeschuldigten in Feindschaft stehen oder in dem Ausgange der Sache irgend ein natürliches oder auf Uebereinkommen gegründetes Interesse haben.

7) Z. B. nach Art. 153. sollen die Zeugen zwar persönlich in der Audienz erscheinen, allein es heißt: hinsichtlich derjenigen Zeugen, deren Erscheinen unmöglich ist und die schon früher beeidigt wurden, genügt die Ablesung des Protokolls.

8) Nach Art. 164. ist eine solche zulässig a) wenn das Gericht nicht gehörig besetzt ist; b) wenn die durch das Loos angeordnete Bestimmung der That- und Rechtsrichter unterblieben ist; c) wenn dem Angeschuldigten, der der deutschen Sprache nicht kundig oder taubstumm ist, kein Dolmetscher beigegeben wurde; d) wenn die Parteien mit ihren Recusationen nicht gehört oder diese gesetzwidrig entschieden wurden.

schlagungszimmer ab. Der Ausspruch hat sich nicht blos auf das Schuldig oder Nichtschuldig, sondern auch darauf zu erstrecken, ob die vom Staatsanwalt angeführten erschwerenden und die von dem Vertheidiger angegebenen mildernden Thatumstände als wahr erkannt werden. Die Richter sind in Würdigung der Beweismittel lediglich an ihr Gewissen und ihre Ueberzeugung gebunden, jedoch können sie das Schuldig weder auf ein nicht feierlich in der Audienz abgelegtes und durch andere Beweismittel nicht unterstütztes Geständniß noch auf die von andern Beweismitteln nicht unterstützte Aussage eines einzigen Zeugen gründen [9]). Der durch Stimmenmehrheit gefaßte Beschluß wird niedergeschrieben, und bemerkt, ob er einstimmig oder mit 4 Stimmen gegen eine, oder mit 3 gegen 2 Stimmen gefaßt sey. — Würde das Schuldig ausgesprochen, so stellt der Staatsanwalt seinen Strafantrag. Gegen das Erkenntniß über die Thatfrage findet keine Berufung, sondern nur Nichtigkeitsbeschwerden Statt, wenn auf unzulässige Beweismittel gegen Art. 168. gesprochen wurde. Die Klage muß sogleich nach Eröffnung des Ausspruchs der Thatrichter in der Audienz vorgebracht und ausgeführt werden. Der Gerichtsvorstand fordert den Staatsanwalt zur Gegenausführung auf und entscheidet sogleich mit den übrigen vier Richtern über die Nichtigkeitsbeschwerde [10]). Auf Todes- oder Kettenstrafe kann nicht erkannt werden, wenn das Schuldig nur mit 3 gegen 2 Stimmen ausgesprochen wurde, sondern es tritt dann der nächste niedrige Strafgrad ein [11]).

9) Entwurf Art. 168.
10) Ebendas. Art. 179.
11) Ebendas. Art. 173.

Gegen die Entscheidung über die Rechtsfrage hat Berufung Statt, und Nichtigkeitsklage dann, wenn gegen den Art. 173. auf Todes- oder Kettenstrafe erkannt worden ist [12]). In diesen bisher angeführten Bestimmungen erkennt man mit Freude die Fortschritte der Ansicht, welche die bürgerliche und individuelle Freiheit mehr als der deutsche Strafprozeß es thut, zu schützen beabsichtigt, und die in dem Entwurf durchgeführte Oeffentlichkeit des Hauptverfahrens, das zum Grunde gelegte Anklagsprinzip, die Aufhebung jenes Strebens nur das Geständniß des Angeklagten zu erlangen die Vorschrift, daß zur Verurtheilung zu den schwersten Strafen eine größere Stimmenmehrheit gehört, sind Lichtseiten, die dem Entwurfe zur Ehre gereichen. Die Erklärung der Motive, daß das Geschwornengericht das beste Mittel ist, um alle Interessen zu vereinigen, nehmen wir bestens eben so als den Ausspruch an, daß die Geschwornen zur Entscheidung der Preßsachen gebraucht werden sollen; wir freuen uns der Aussicht, welche eröffnet wurde, daß überall Geschwornengerichte eingeführt werden sollen; wir verkennen nicht die gute Absicht, welche, durch die Trennung der Richter welche über die Thatfrage entscheiden sollen, von den Richtern des Rechts, einen Theil der Vorzüge gewähren will, die daraus für den Angeklagten entstehen, daß mehrere Personen über sein Schicksal entscheiden; wir ehren die gute Meinung, welche die Vortheile des Geschwornengerichts zum Schutze der Angeklagten mit einer Art von Beweistheorie durch den Art. 168. zu vereinigen hofft; — aber wir können den Einrichtungen, wie sie der Entwurf vorschlägt,

12) Entwurf Art. 195.

nicht unsern Beifall geben, und im Interesse der Wahrheit und der Gerechtigkeit sey es erlaubt, einer gewissenhaften Prüfung diese Vorschläge zu unterwerfen.

I. Wir fragen zuerst, ob die Einrichtung, nach welcher fünf rechtsgelehrte angestellte Richter nach ihrer subjectiven Ueberzeugung blos über die Thatfrage entscheiden, ein genügendes Surrogat für das Geschwornengericht, dessen Trefflichkeit die Motive selbst anerkennen?

Wir glauben die Frage verneinen zu müssen [13].

1) Wenden wir uns zuerst zu dem politischen Elemente das in der Jury liegt, nämlich daß hier die bürgerliche Gesellschaft durch die aus dem Volke gewählten mit den Bedürfnissen des Volks vertrauten, an der Erhaltung bürgerlicher Ordnung und Sicherheit lebhaft interessirten, den Stand der wahren öffentlichen Meinung am richtigsten würdigenden Männer urtheilt, und daß daran eben das große Vertrauen hängt, mit welchem das Volk die Aussprüche der Geschwornen als die wahren Erkenntnisse materieller Gerechtigkeit betrachtet, würdigen wir die unendlich großen Vortheile, daß ein unbedingtes Vertrauen zur Gerechtigkeit der Urtheile im Volke lebt, so besorgen wir, daß diese vorgeschlagene Einrichtung diesen politischen Vortheil nicht gewähren kann; die Richter über die Thatfrage sind angestellte Richter, wie die Richter des Rechts. Entweder hat ein Volk ein unbedingtes Vertrauen zu den von der Staatsregierung angestellten Richtern; oder ein solches Vertrauen ist nicht da. Im ersten Falle wird durch die

13) S. auch was im ersten Theile unseres Aufsatzes im Archiv Bd. XII, S. 496 gesagt ist.

bloße Trennung der Personen der Richter über die Thatfragen von den Richtern des Rechts nichts gewonnen, wie wir unten näher auszuführen versuchen wollen; im zweiten Falle aber wird das Vertrauen dadurch nicht größer, daß man unter verschiedenen Personen, die aber nach ihrer Stellung nicht das nöthige Vertrauen genießen, das Richteramt vertheilt und einen Theil des Erkenntnisses andern Richtern überläßt.

2) Am wenigsten darf der Gesetzgeber hoffen, daß durch die vorgeschlagene Einrichtung in Fällen der Anklage wegen öffentlicher oder gegen den Staat gerichteter, daher mehr politischer Verbrechen nach der Meinung des Volkes eine größere Schutzwehr gegeben und Vertrauen zu dem Urtheil begründet wird. Bei einem großen Theile der politischen Verbrechen hat die herrschende politische Stimmung und das Verhältniß der Parteien im Staate einen Einfluß auf die Stellung der Anklage. Eine liberale Regierung denkt nicht daran, manche sogenannte Majestätsbeleidigung, angebliche Aufreizung zum Aufruhr, Beleidigung der Amtsehre u. s. w. verfolgen zu lassen, während eine in einer unseligen Spannung mit ihrem Volke lebende Regierung in solchen Anklagen ein Mittel zu finden hofft, die unruhigen Köpfe zu schrecken, manchen sogenannten exaltirten Mann unschädlich zu machen, z. B. aus der Zahl der Wahlcandidaten zu entfernen und die Macht zu befestigen. Seyen die Richter auch noch so unabhängig gestellt, so sind sie doch Menschen, welche der Furcht und Hoffnung zugänglich mit Schrecken daran denken, daß sie, wenn sie nicht im Sinne der herrschenden Partei urtheilen, unter Umständen an ein anderes Gericht versetzt werden können, wo die Versetzung eine Art Exil ist, oder wo

sie als Familienväter jede Aussicht zur erlaubten Verbesserung ihrer Lage versperrt sehen. Daß das Volk bei Anklagen wegen politischer Verbrechen solche Rücksichten auch in die Waagschale legt, daher besorgt, daß die Richter nicht den nöthigen Muth haben möchten treu ihrer Ueberzeugung zu folgen, ist begreiflich, und das Urtheil jener fünf Richter der That, die ebenfalls angestellte Richter sind, wird nicht mehr Vertrauen haben, als in politischen Fällen bisher die verdammenden Erkenntnisse der deutschen Gerichtshöfe hatten.

3) Der bedeutendste Vortheil, welchen das Geschwornengericht bietet, ist der, daß die Geschwornen wegen der Ausdehnung der Recusationsrechte, die gegen Geschworne ausgeübt werden können, mehr als selbstgewählte Richter erscheinen, denen der Angeklagte freiwillig sich unterworfen hat, deren Ausspruch er daher anerkennen muß, und wo daher ein natürliches größeres Vertrauen des Volkes auch an die von solchen Richtern gefällten Urtheile sich knüpft. Das Gericht, welches der Entwurf vorschlägt, gestattet diese ausgedehnten Recusationsrechte nicht. Neun Richter sind es, aus welchen der Angeklagte wählen darf; die Recusation aber welche er ausübt, ist keine unbedingte, ohne Angabe von Gründen zulässige, sondern nur bestimmte Gründe sind es, aus welchen die Verbittung geschehen darf; unter den vom Entwurf angegebenen Gründen sind solche, bei deren Beurtheilung immer große Willkür und Unbestimmtheit eintreten wird. Ob man annehmen will, daß der Richter zur Civilpartei im Verhältniß der Freundschaft zum Angeklagten, oder im Verhältniß der Feindschaft steht, hängt von Ansichten ab. Die kleinsten Umstände ändern hier gar viel. Der Angeklagte hat in sei-

nem

Innern durch die genaueste Kenntniß aller Verhältnisse nun einmal die Ueberzeugung, daß er dem Richter nicht trauen könne, er weiß, daß er sein Gegner ist, er erwartet keine unpartiische Justiz von ihm; wie soll er nun den Beweis führen? Er hat nicht erwartet, daß er ihn unter seinen Richtern sitzen sehen würde, er spricht die Recusation aus, erklärt als Verbittungsgrund den der Feindschaft; aber wie kann er hoffen, zu siegen? Der Richter, welcher recusirt ist, wird aus einer gewissen Aengstlichkeit, vielleicht einem falschen Schaamgefühl, vielleicht aus Haß gegen den Angeklagten nicht gestehen, daß er Feind desselben ist. Nun soll der Angeklagte beweisen. Wie kann er die Beweise im Augenblicke beibringen? und welche Beweise werden genügen? Die übrigen Collegen des Recusirten werden nicht leicht die Beweise für genügend finden; sie werden streng juristisch Alles abwägen und die Recusation wird verworfen. — Die Nothwendigkeit der Angabe der Gründe der Recusation wird selbst nicht selten unangenehme Punkte berühren. — Der Richter, welchen der Angeklagte recusiren will, ist vielleicht im Begriffe, einer Tochter oder nahen Verwandten des Beschädigten seine Hand zu reichen; der Angeklagte wird dies geltend machen, und welche Folgen daraus entstehen, wie oft selbst der Angeklagte dies Recusationsrecht benutzen wird, um, wenn er auch den Richter nicht recusiren kann, doch ihn zu ärgern, oder Verzögerung herbeizuführen — bedarf keiner Ausführung. — Wenn man zu recusiren erlaubt, weil der Richter mit der Civilpartei in Freundschaft steht, so wird man dem Angeklagten auch nicht verwehren können, z. B. bei Anklagen wegen politischer Verbrechen, jene Verhältnisse geltend zu machen, welche zeigen, daß

der Richter einem gewissen politischen System zugethan ist, das ihm die nöthige Unparteilichkeit raubt, um über den Angeklagten zu urtheilen. Je lebhafter in einem Staate das Interesse an öffentlichen Angelegenheiten sich ausspricht, desto mehr werden auch Parteien sich gegenüber stehen; es kann nicht fehlen, daß sie z. B. bei Gelegenheit von Wahlen sich äußern, und soll dann ein solcher Richter, der z. B. als Beamter vor mehrern Jahren sich Wahlumtriebe gegen den jetzigen Angeklagten erlaubte und später in das Gericht versetzt wird, über den Angeklagten richten, so wird es diesem erlaubt seyn müssen, seine Ueberzeugung von der Parteilichkeit des Richters auszusprechen; nimmt man aber darauf keine Rücksicht, so darf man nicht hoffen, daß das Volk, auf welches diese Recusation einen Eindruck macht, dem Urtheile, zu welchem ein Richter mitwirkte, den der Angeklagte öffentlich seinen Feind nannte, das öffentliche Vertrauen schenken werde. — Auf diese Art ist die im Entwurf angegebene Zahl der Recusationsgründe nicht vollständig, und das ganze System der Recusation nicht geeignet, die Ueberzeugung des Volkes zu begründen, daß der Angeklagte nur von Richtern, denen er sich freiwillig unterwarf, gerichtet werde.

4) Nicht weniger fällt nach dem System des Entwurfs der Vortheil weg, welchen das Geschwornengericht dadurch gewährt, daß eine große Zahl von Richtern (12) urtheilen und der Angeklagte dann durch eine Mehrheit von wenigstens sieben Personen verurtheilt erscheint, daher mehr Garantie gegen Täuschung erhält. Nach dem Entwurfe urtheilen fünf Richter, von denen eine Majorität von drei Stimmen genügt. Wenn auch Todes- und Kettenstrafe nur auf einen verurtheilenden

Ausspruch von vier Stimmen erkannt werden können, so werden doch alle übrigen Strafen, die empfindlich genug wirken, schon bei einer Majorität von drei erkannt.

5) Für den Angeschuldigten dürfte selbst die neue Einrichtung weniger Schutzwehr gewähren, als die bisher bestehende, während er nach der letzten noch die Hoffnung hatte, daß auch über die Thatfragen ein höheres Collegium noch einmal auf eingelegte Berufung entscheide und wiederholt den Stand der Beweise prüfe, während er durch die Entscheidungsgründe der ersten Instanz oft erst veranlaßt wurde, neue Vertheidigungsbeweise beizubringen, z. B. um einen Zeugen, auf welchen das Gericht zu viel Werth legt, als untüchtig darzustellen oder manche Schlüsse, von denen das Gericht ausging, zu zerstören, fällt für ihn diese Möglichkeit jetzt weg, und das von drei Richtern gegen ihn gesprochene Urtheil steht unabänderlich da.

Indem wir auf diese Art bezweifeln müssen, daß die neue Einrichtung ein Surrogat der Jury seyn könne, wird es nothwendig, II. zu prüfen, in wie fern die im Entwurf zum Grunde gelegte Trennung der That- und Rechtsfrage einen wahren Werth hat. — Die Motive zum Entwurfe [14]) erklären, daß da, wo die Richter auf subjective Ueberzeugung entscheiden, sie nicht auch über die Strafe erkennen dürften, weil man sonst unmöglich erkennen könne, ob Wahrheit oder Leidenschaft den Richter leitete; deshalb habe man, wie die Motive sagen, in andern Staaten, Geschwornengerichte eingeführt. Die Geschichte des Geschwornengerichts möchte wohl das Gegentheil lehren, und der Grund, den die Motive

14) S. 141.

für die Trennung der That- und Rechtsfrage angeben, ist schwerlich haltbar; denn es ist Täuschung, wenn man glaubt, daß die Geschwornen nicht an die Strafe denken; der französische Gesetzgeber mag dies noch so kräftig verbieten, so weiß doch Jedermann in Frankreich, daß der französische Geschworne zuerst sich um die Strafe erkundigt und überall, wo sie ihm zu hart scheint [15]), darnach den Ausspruch über die That einrichtet, um dem Angeklagten nicht zu wehe zu thun. Nach dem System des Entwurfs, nach welchem rechtsgelehrte Richter über die Thatfrage urtheilen, wird die Erwägung, welche Strafe eintreten wird, noch klarer dem Gemüthe des Richters vorschweben und mehr oder weniger auf seine Urtheilsfällung einwirken. — Aber auch die ganze scharfe Scheidung der That- und Rechtsfrage beruht häufig auf einer Täuschung. In England ist man über den Gegenstand schon lange im Reinen und zweifelt nicht, daß da, wo die Geschwornen das Nichtschuldig aussprechen, sie auch in den meisten Fällen den Rechtspunkt entscheiden, d. h. erklären, daß zwar der Angeklagte die einzelnen Thatsachen verübt habe, daß er aber nicht schuldig sey, weil z. B. die Handlung ihnen nicht als Delict erscheint, oder weil ihnen die Strafe zu hart dünkt. In Frankreich hat sich durch die Verhandlungen über die sogenannte Omnipotence du Jury gezeigt, daß eine ähnliche Ansicht den Geschwornen vorschwebt [16]). Wenn die Geschwornen oder die baieri-

15) Golbery in der kritischen Zeitschrift für ausländische Rechtswissensch. u. Gesetzgebung. III. Th. Nr. 15.

16) S. auch merkwürdige Erklärung des Berichterstatters Dumont in der Deputirtenkammer über das projet de loi relatif à des reformes dans la législation penale pag. 8.

schen Richter die That verurtheilen, so entscheiden sie dabei Rechtsfragen [17]); denn die Frage: ist der Angeklagte schuldig, geht nicht blos darauf, ob er jener Thatsachen, welche die Anklage begründen, für überwiesen zu achten sey, sondern auch auf die Moralität und die Strafwürdigkeit des Angeklagten. Die Frage über die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten wird auch durch die Richter der That entschieden, doch liegt in dieser Entscheidung schon ein Urtheil über Rechtspunkte, da ja das Gesetzbuch bestimmt, wann jemand für nicht zurechnungsfähig gehalten werden soll. — Ob ein Versuch oder vollendetes Verbrechen vorhanden ist, werden die Richter der That entscheiden, und doch entscheiden sie hier über juristische Merkmale, da das Gesetz angiebt, wann es Versuch annimmt. Die sogenannten Richter der That sind also mehr als sie scheinen, und die Richter des Rechts sind eigentlich nur Richter, die über die Strafanwendung und durch Subsumtion des ihnen gegebenen Ausspruchs über das Schuldig des Angeklagten — unter das Gesetz — entscheiden, welche Strafe eintreten soll. — Allerdings nennt man die Geschwornen Richter der Thatfragen, in so fern sie nicht auch über die Strafe entscheiden, allein der Vortheil liegt nicht darin, daß andere Personen über Thatfragen, andere über Rechtsfragen entscheiden, sondern

17) In den Verhandlungen über das Gesetz vom 4. März 1831 erklärte (s. Locré législation civile commerc, Vol. 28. pag. 539) der Herzog von Broglie, daß man auch questions mixtes, nämlich solche, dont l'objet gist en fait, mais que ne saurait pourtant être resolue, si l'on ne prend en considération dans une certaine mesure la pensée la volonté du législateur par rapport au faits reconnus constant c'est-à-dire le droit — zu den questions du fait rechnen müsse.

darin, daß es Geschworne sind, welche darüber erkennen, ob der Angeklagte schuldig ist.

III. Der wichtigste Punkt in dem neuen System ist die Befreiung der Richter von den Fesseln einer Beweistheorie, die, wenn auch der Gesetzgeber noch so sorgfältig sie anordnet, nie genügend seyn, und wenn sie zu eng gefaßt wird und zu viele Bedingungen der Verurtheilung vorschreibt, die Richter so sehr bindet, daß in den meisten Fällen zum Nachtheil der bürgerlichen Gesellschaft der Angeklagte losgesprochen werden muß, oder wenn sie in weit gefaßten allgemeinen Anweisungen besteht, doch immer den Richter auf sein eigenes Ermessen hinweist. Der baierische Entwurf hat nun den Richtern keine Beweisregeln vorgeschrieben, sie sollen nach ihrer innern Ueberzeugung entscheiden, aber die Besorgniß, daß dies gemißbraucht werde, daß man auch auf gewisse leicht trügliche Beweismittel zu viel baue, hat den Gesetzgeber bewogen, vorzuschreiben, daß das Schuldig nicht auf ein Geständniß, das nicht feierlich in der Audienz abgelegt und durch andere Beweismittel nicht unterstützt ist, und nicht auf die von andern Beweismitteln nicht unterstützte Aussage eines einzigen Zeugen gebaut werden dürfe. — Die wohlgemeinte Absicht des Gesetzgebers kann dabei nicht verkannt werden; allein es ist nicht schwierig zu zeigen, daß dadurch die Absicht des Gesetzgebers nicht hinreichend erreicht, daß dem Angeklagten doch nicht gehörig geholfen wird und selbst manche Nachtheile begründet werden.

1) Die Bestimmung, wann auf ein Geständniß und auf eine Zeugenaussage kein Urtheil gebaut werden darf, ist ihrer Fassung nach so schwankend und einer verschiedenen Deutung fähig, daß dadurch nothwendig

über die Auslegung und Anwendung derselben viel Streit entstehen muß, und eigentlich so viel als nichts gesagt ist. Analysiert man die Bestimmung, so heißt es: a) daß zur Verurtheilung ein auch in der Audienz abgelegtes Geständniß nicht genüge, wenn nicht andere Beweismittel hinzukommen. Hier wird bald Streit entstehen, wie diese andern Beweismittel beschaffen seyn müssen, ob z. B. auch ein Zusammentreffen von Umständen und Verdachtsgründen genügt, oder ob auch die Aussage eines verdächtigen Zeugen, der zu dem Geständniß hinzukommt, zureicht; b) es muß nach Art. 168. ferner das Geständniß durch andere Beweismittel unterstützt seyn. Auch hier wird man fragen: Genügt es schon, wenn nur die im Geständniß enthaltenen Umstände durch andere Beweismittel nicht widerlegt sind, oder zweifelhaft gemacht werden, oder müssen neben dem Geständnisse noch andere Beweismittel, die auf das nämliche Resultat führen, vorhanden seyn? Genügt es, wenn z. B. der Angeklagte, der in der Audienz gestand, schon außergerichtlich Geständniß ablegte, wenn ein ihm gehöriger Gegenstand am Orte der That gefunden wurde? Ob man annehmen will, daß ein Geständniß durch andere Beweismittel unterstützt sey, hängt blos vom subjectiven Ermessen der Richter ab.

Auf ähnliche Art verhält es sich mit der Vorschrift über die Aussage eines Zeugen. Es ist weise, in den meisten Fällen einer solchen Aussage nicht zu trauen, aber auch hier fragt man wieder: wann erscheint das Zeugniß durch andere Beweismittel unterstützt? Genügt es, wenn noch zur Aussage eines Zeugen die Aussage eines verdächtigen Zeugen oder ein außergerichtliches Geständniß oder einige Verdachtsgründe hinzukommen?

Wie viel Streit bleibt wieder darüber, was man einen wahren Verdachtsgrund nennen will? Ist die Feindschaft mit dem Ermordeten, die Flucht nach der That auch ein solcher Verdachtsgrund?

2) Durch die Bestimmung des Entwurfs wird das Ermessen des Richters doch zu sehr beschränkt und dadurch der Vortheil, grundlose Lossprechungen wegen zu enger Beweisregeln zu vermeiden, nicht erreicht werden. Wenn der Angeschuldigte in der Voruntersuchung unter Umständen, welche die Glaubwürdigkeit der Aussage verbürgen, das Geständniß dreimal abgelegt hat, und dann in der Sitzung widerruft (was nicht selten der Fall seyn wird), wenn er für seinen Widerruf gar keinen Grund angeben kann, so kann doch das Gericht darauf keine Verurtheilung gründen, mögen auch die eingestandenen Umstände noch so sehr durch andere Beweise, insbesondere durch künstlichen Beweis unterstützt werden. Oder wenn der Angeklagte läugnet, wenn aber gegen ihn unter andern der Umstand spricht, daß der Verwundete angab, dem Angreifer ein Stück aus dem Rocke gerissen zu haben, und wenn dies Stück ganz genau zu dem zerrissenen Rocke des Angeklagten paßte; wenn ferner hergestellt ist, daß der Angeklagte zu dem Sterbenden ging, seine That eingestand, ihn um Verzeihung bat, aber in der Audienz auch diesen Umstand läugnet: so muß er nach dem Entwurf losgesprochen werden. Die Sorgfalt des Gesetzgebers, welcher durch seinen Ausspruch die Richter beschränken wollte, wird hier der bürgerlichen Sicherheit nicht zuträglich seyn.

3) Der Gesetzgeber hat eine Schutzwehr für den Angeklagten dadurch geben wollen, daß dieser die Nichtigkeitsklage anstellen kann, wenn der Art. 168. verletzt

ist. Gegen diese Vorschrift treten neue Bedenklichkeiten ein: a) In der Mehrzahl der Fälle, wo es am Geständniß fehlt, oder wo nur qualificirtes Geständniß da ist, oder das Geständniß widerrufen ist, oder wenn nur ein Zeuge aussagt, wird der Angeklagte sich dieser Richtigkeitsklage bedienen. Wir haben oben gezeigt, daß die Fassung des Art. 168. sehr verschiedene Auslegung und Anwendung zuläßt; es wird daher nicht selten geschehen, daß jetzt die Richter des Rechts andrer Meinung als die Richter der That sind, sie werden finden, daß doch das Geständniß oder die Zeugenaussage nicht genugsam unterstützt ist, und die Folge ist dann, daß die Richtigkeitsklage als zulässig erkannt und der Ausspruch als nichtig erklärt wird. Neue Verhandlungen müssen nun beginnen. Es ist nicht so, wie in Frankreich, wo nur die Richter des Rechts zu urtheilen haben, ob die Geschwornen sich irrten, wo daher die Richter des Rechts selbst nur an ihr Gewissen und Ueberzeugung gewiesen sind. Nach dem Entwurfe müssen sie juristisch urtheilen, ob der Artikel 168. verletzt ist, ob z. B. das Geständniß ein nicht genugsam von andern Beweisen unterstütztes ist. b) Darnach werden eigentlich in der Mehrzahl der Fälle die Richter des Rechts zu Herren des Schicksals der Angeklagten und zu eigentlichen Richtern der That gemacht; denn da nicht bezweifelt werden darf, daß aus dem oben bemerkten Grunde die Richtigkeitsklage oft angestellt wird, so werden dann die vier Richter des Rechts berufen, um über die Begründung dieser Klage zu entscheiden; indem sie aber dies thun, erkennen sie auch über die Schuld des Angeklagten, also darüber, ob das Geständniß genügend ist u. s. w. Verwerfen sie die Richtigkeitsklage,

so ist auch das Urtheil der Richter der That unabänderlich, und so entscheiden sie eigentlich auch über die Thatfrage. Dies hat den Nachtheil, daß bei dieser Einrichtung diejenigen, welche zunächst gar nicht berufen waren, über die Schuld des Angeklagten zu entscheiden, auf einem Umwege dazu kommen, und setzt man den nicht unmöglichen Fall, daß diese vier als Richter des Rechts bestimmten Richter während der Verhandlungen nicht so genau auf alle faktischen Umstände aufmerksam waren, weil sie nicht zunächst über die Thatfragen zu urtheilen haben, so ist eine Gefahr da, daß sie nicht immer mit der nöthigen Vorbereitung der Nichtigkeitsklage mittelbar über die Schuld des Angeklagten entscheiden werden.

c) Will man einmal eine Nichtigkeitsklage im Zusammenhange mit der Vorschrift des Art. 168. geben, so möchte es doch kaum zu billigen seyn, wenn der Angeklagte schon in der nämlichen Sitzung sogleich, nachdem er das fürchterliche Wort Schuldig gehört hat, die Nichtigkeitsklage begründen und ausführen soll. Indem der Vertheidiger diese Begründung versucht und zeigt, daß das Geständniß oder die Zeugenaussage nicht unterstützt ist, muß er auch das Gericht der angeblich zur Unterstützung gebrauchten Beweismittel angreifen; es kann ihm nicht verwehrt werden, neue Thatsachen anzuführen, durch welche er die Unwahrscheinlichkeit der Anklage, die Lügenhaftigkeit des Zeugen, die Lücken in den Schlüssen, von welchen die Richter ausgingen, darzuthun sucht. Will man, wie nach den Worten des Entwurfs es scheint, dies nicht dem Vertheidiger erlauben, so verletzt man die Forderung materieller Wahrheit.

Fassen wir nun das Ergebniß der Forschungen über die Forderung an den Gesetzgeber in Bezug auf Beweis-

theorie und Geschwornengericht zusammen, so zeigt sich, daß die Aufstellung gesetzlicher Beweisregeln für rechtsgelehrte Richter nicht möglich ist, daß aber, wenn man die rechtsgelehrten Richter als Geschworne erklären und sie nur an ihr Gewissen und innere Ueberzeugung verweisen will, ihnen eine Gewalt, insbesondere auch die, auf bloße Indicien zu verurtheilen, eingeräumt werden müßte, gegen deren Zulässigkeit sich die Stimme des Volkes sträuben würde, so daß die von den rechtsgelehrten Richtern ausgehenden Strafurtheile nicht das nöthige Vertrauen genießen würden. Eben so vergeblich ist es aber, auch dadurch zu helfen, daß man einige rechtsgelehrte Richter zu Richtern der That und andere zu Richtern des Rechts macht, und durch eine gesetzliche Vorschrift, auf welche Beweise diese Richter der That nicht verurtheilen sollen, wird nichts gewonnen.

Drehe und wende man sich soviel man wolle, — es bleibt nur ein Ausweg, der: Geschwornengerichte einzuführen. Der Verfasser dieses Aufsatzes war seit 20 Jahren Gegner dieser Gerichte, aber erst seit ihn Berufsgeschäfte verpflichtet haben, den Entwurf einer Criminalprozeßordnung zu bearbeiten, seit er gesehen hat, daß alle Versuche eine gesetzliche Beweistheorie zu bearbeiten, oder eine blos negative Beweistheorie durchzuführen, scheitern, seit er die Gefahren erkannt hat, auch rechtsgelehrten angestellten Richtern das Recht einzuräumen, jede Strafe, auch auf künstlichen Beweis zu erkennen: ist er überzeugt, daß nur durch Geschwornengerichte geholfen werden kann; im Interesse der bürgerlichen Gesellschaft, selbst im Interesse, daß so viele Schuldige nicht der Strafe entgehen, in der Ueberzeugung, daß jede gesetzliche Beweistheorie die

Richter nöthigt, gegen so viele Schuldige blos das non liquet auszusprechen, fordert er die Einrichtung; aber nicht ein französisches Geschwornengericht, vorzüglich wie es bisher in Frankreich bestand, ist es, was den vernünftigen Forderungen entspricht; und wenn ein neuer Schriftsteller in der Schrift über die Ermordung von Fualdes die große Gefahr der Geschworneneinrichtung zu zeigen versucht, so bitten wir nur unsere Leser, sich genauer mit dem französischen Strafverfahren im Ganzen vertraut zu machen, um sich zu überzeugen, daß die Fehler, wenn Strafurtheile ergehen, die man nicht billigen kann, im Mangel einer gut geführten Voruntersuchung liegen, und die Vorwürfe vorzüglich die rechtsgelehrten Richter Frankreichs treffen. Die Bedingungen einer zweckmäßigen Organisation eines Geschwornengerichts sollen nun geprüft werden.

(Beschluß im nächsten Hefte.)

V.

Beurtheilung der neuesten criminalistischen Schriften.

1) Tübingen, bei Laupp: Betrachtungen über die peinliche Rechtspflege in Kleinstaaten, mit besonderer Prüfung auf Würtemberg nach dem jetzt bestehenden Rechts- und Beweissystem. Vom Dr. A. H. Gmelin, k. w. Oberjustizrathe. 1831.

Es ist immer wünschenswerth, daß recht viele Praktiker sich über unsern deutschen Strafprozeß und die Grundmängel desselben erklären; da man zu gern geneigt ist, den theoretischen Juristen, wenn sie die bestehenden Einrichtungen tadeln, Unkenntniß des Lebens, Einseitigkeit und wohl gar jakobinische Grundsätze vorzuwerfen, aus denen sie absichtlich Mißtrauen gegen alles Bestehende zu verbreiten suchen. Unser Verfasser, der selbst in seiner Schrift wenig auf neue Literatur Rücksicht nimmt, und daher nicht durch die Theorieen verführt seyn kann, spricht sich nun in dem vorliegenden Werke als einen warmen Freund der Fortschritte, als einen feinen Beobachter der Praxis, als einen entschiedenen Feind unsers jetzt bestehenden Strafprozesses aus, und scheint zeigen zu wollen, daß auch die neuesten Gesetzgeber in einer gewissen Selbsttäuschung begriffen sind, und mit denselben Maaßregeln, in welchen sie sich gefallen, das Uebel nicht an der Wurzel fassen. — Der Verf. geht S. 15 von der Natur des Criminalrechts und von dem im Strafprozeß zu Grunde liegenden Streben aus, materielle Wahrheit zu erreichen, zeigt dann, wie das Princip des Verzichts nicht entscheiden könne, daß daher selbst

bei dem abgelegten Geständnisse erst eine Prüfung eintrete, ob das Geständniß materielle Wahrheit enthalte. Mit Recht entwickelt der Verf. S. 30, daß keine Rechtsgleichheit zwischen dem Verfolger und Verfolgten im Strafprozesse bestehe, daß der Erste als Staatsbeamte, dem so viele Kräfte zu Gebote stehen, überwiegende Vortheile habe, und selbst unser System der Vertheidigung des Angeklagten (S. 31) ungenügend sey. — Die Vereinigung des verfolgenden Elements mit dem richterlichen ist (S. 35) durchaus unzulässig, und doch ist (nach S. 35) diese Verbindung gewöhnlich; auch das ist nach dem Verf. ein Unrecht, daß nach dem inquisitorischen Prozesse der Untersuchungsrichter alle Functionen der Polizei in sich vereinigt. Der Verf. hat Recht, wenn er S. 38 bemerkt, daß selbst bei höheren Strafsällen die Trennung des verfolgenden Elements von dem richterlichen nicht wahrhaft durchgeführt ist; da der urtheilende Richter auf die Untersuchung so großen Einfluß hat, z. B. durch Anweisung zur Ergänzung der Inquisition, — und selbst der höhere Richter ist (nach S. 41) nicht rein als richtender gestellt, da auch er sogar Anschuldigungspunkte, in Ansehung deren der Recurrent keine Beschwerde geführt hat, zum Gegenstand weiterer Verfolgung machen kann. — Der Verf. spricht dann (S. 46) seine Ueberzeugung aus, daß mit dem Inquisitionsprozesse der Staatsanwalt unverträglich sey. Spricht der Verf. von der im heutigen deutschen Prozesse ausgebildeten Form des Inquisitionsprozesses, so hat er Recht, der Staatsanwalt würde hier als eine ganz fremdartige Person erscheinen, welche die Lage des Angeschuldigten nur noch mehr erschwert; allein daß mit dem wohlverstandenen Charakter des Inquisitionsprozesses der Staatsanwalt nicht unverträglich ist, ist eben so gewiß. Der französ. Prozeß ist selbst in gewisser Hinsicht ein Inquisitionsprozeß. — Daß die Art, wie der Staatsanwalt in den neuen würtembergischen Entwurf eingeflickt ist, nichts taugt, und gar nicht zu dem ganzen System paßt (S. 49 bis 64), daran hat der Verf. gewiß Recht. — Er wendet sich dann an die herrschenden Grundsätze über den Beweis, zeigt (S. 66), daß die in der C. C. C. aufgestellte Beweis-

theorie sich aus der Voraussetzung der Folter erklärt, und insbesondere daraus der Satz (art. 22 C. C. C.) stammt, daß auf Indicien nicht verurtheilt werden kann, und entwickelt dann, daß in den meisten Fällen von einer Gewißheit, wer der Thäter ist, durch Zeugen, Augenschein u. s. w. nicht die Rede seyn kann, und die Bestimmungen der C. C. C. über Geständniß auf das durch die Folter erpreßte Geständniß gingen. Nach dem Wegfallen der Folter kam man nun (S. 107) in Verlegenheit, man suchte sich neue Erkenntnißquellen zu eröffnen, das alte System paßte nicht mehr; die Surrogate, welche man wählte, taugten nichts (S. 114). Der Verf. (S. 115—125) gesteht ehrlich, daß die würtembergische Verordnung von 1809 über Abschaffung der Tortur wahre Zwangsgrade zur Erforschung der Wahrheit an die Stelle gesetzt habe, und daß so der Sache nach doch eine Tortur bestand. Der Verf. verweilt nun (S. 133) bei dem Charakter einer gesetzlichen Beweistheorie; er gesteht, daß alle solche durch Erfahrung abstrahirte gesetzliche Regeln Instructionen für den Richter sind, die er zweckmäßig nach Beschaffenheit des Falles zu berücksichtigen hat, daß sie aber nie Gesetze werden, nie gebieten oder verbieten können. Der Verf. entwickelt nun (S. 141) die Begriffe von historischer und mathematischer Wahrheit, zeigt, wie die Quelle der ersten nur sinnliche Anschauung und Auffassung ist, und wie hier jenes Verhältniß eines Nachzählens, Nachmessens und Berechnens, wobei mathematische Wahrheit entscheidet, nicht vorkommen kann, und prüft nun einzelne im würtembergischen Entwurf vorkommende Beweisregeln, und zeigt, daß sie immer entweder Tautologieen enthalten oder den Richter doch an sein subjectives Ermessen hinweisen, und verweilt (S. 159) bei den Vorschriften über das sogenannte qualificirte Geständniß. Die Analyse ist glücklich gelungen, und wenn der Verf. (S. 171) geradezu ausspricht, daß die Lehre vom qualificirten Geständnisse eine Irrlehre sey, die nur der Mißkennung des Unterschieds zwischen Criminal- und Civilrecht ihr Daseyn verdankt, so hat er in so fern Recht, als durch das irrige Hereinziehen des Begriffs von Einreden in das Strafrecht die Unklarheit der Ansichten

entstanden ist, welche dem Angeschuldigten nachtheilig wird, weil sie ihm eine Beweislast aufbürdet, die ihn nicht treffen sollte. Auf diese Art durchgeht der Verf. (S. 196) auch die Vorschriften neuerer Gesetzbücher über Zeugenbeweis und (S. 215) die Lehre vom Anzeigenbeweise, und zeigt insbesondere, daß der Art. 328. des baierischen Strafgesetzbuchs theils etwas Tautologisches, theils in der Allgemeinheit etwas Falsches ausdrückt; er weist S. 122 nach, daß die Vorschrift, es müßten gleichzeitige mit vorausgehenden und nachfolgenden Indicien zusammentreffen, offenbar dazu führt, daß in den meisten Fällen die absolutio ab instantia ausgesprochen werden muß. Der Verf. fragt nun S. 250, ob nach dieser Entwickelung die Einführung von Geschwornengerichten nothwendig sey, und scheint die Frage nicht bestimmt beantworten zu wollen, da er wieder auf die Frage kommt: ob wohl das Volk reif für die Institutionen sey, zugleich andeutet, daß der ständige Richter die nöthige Fertigkeit der Entscheidung wohl im höheren Grade besitzen dürfte. — Der Verf. erklärt sich für das System der Oeffentlichkeit, aber einer ernstlich gemeinten Publicität, nicht wie sie der würtembergische Entwurf geben will. — Rec. zweifelt nicht, daß der Verf., selbst wenn er consequent seine richtigen Ideen durchführen will, dazu kommen muß, für Einführung der Geschwornen zu sprechen, weil man sich nicht leicht überzeugen kann, das unbedingte Recht der Verurtheilung nach innerer Ueberzeugung in den angestellten rechtsgelehrten Richtern zu geben. Wenn zwar der Verf. S. 265 bemerkt, daß dadurch, wenn der Richter Rechenschaft von den Gründen seines Erkenntnisses über die Thatfrage ablegen muß, was bei den Geschwornen nicht der Fall ist, durch eine Reihe ähnlicher Fälle, die gleichartig beurtheilt worden sind, eine Ueberlieferung über die Beurtheilung der Thatfrage entsteht, und so eine Gleichförmigkeit der Entscheidungen begründet wird, so scheint diese Ansicht aus den eigenen Prämissen des Verf. nicht zu fließen; denn da Alles von dem subjectiven Ermessen der Richter abhängt, so ist zuletzt der eigentliche Entscheidungsgrund der Verurtheilung doch nur die Ueberzeugung, welche die Richter durch

die Verhandlungen gewannen; genauere Gründe laſſen ſich nicht anführen, oder ſie ſind in ſo allgemeinen Ausdrücken gefaßt, daß dadurch doch nichts gewonnen wird (N. Archiv des Crim. Rechts XII. Bd. S. 496). Eben darin liegt wieder ein neuer Beweis, wie wenig das Syſtem der Entſcheidung über Thatfragen durch rechtsgelehrte Richter allen Forderungen entſpricht.

2) Lugduni: De deditione profugorum, auctore H. P. Kluit. 1829. 188 Pag.

Die Vorzüge, welche im Allgemeinen die auf den holländiſchen Univerſitäten erſchienenen Doctordiſſertationen auszeichnen, Gelehrſamkeit, die unermüdlich Alles, was über den Gegenſtand erſchienen iſt, ſammelt, Fleiß, der die Materie bis in das kleinſte Detail erörtert, und Eleganz des lateiniſchen Styls, ſchmücken auch die vorliegende Abhandlung; ihr aber kann noch ein anderes Prädikat beigelegt werden, welches den gelehrten holländiſchen Abhandlungen nicht oft gegeben werden kann, nämlich Originalität der Anſichten des Verfaſſers und praktiſcher richtiger Sinn, der in der Schrift ſich ausſpricht. Die vorliegende Abhandlung kann als die vollſtändigſte Schrift, die über den Gegenſtand exiſtirt, betrachtet werden. Der Verf. zeigt zuerſt, daß von dem naturrechtlichen Standpunkt aus eine Verbindlichkeit zur Auslieferung der Verbrecher nicht exiſtire, da eine Pflicht zur Hülfeleiſtung, damit der jenſeitige Staat ſein Recht gegen den Flüchtigen verfolgen könne, nicht begründet ſey (p. 9). Der Verf. widerlegt (p. 17) die Gründe der gegentheiligen Meinung, welche Auslieferung fordert, z. B. daß ſonſt der Staat ſich des fremden Verbrechens theilhaftig mache; er prüft aber auch (p. 24) unparteiiſch die Gründe derjenigen, welche jede Auslieferung für unrechtmäßig halten, (die Gründe reduciren ſich im Weſentlichen auf die Unverletzbarkeit des Aſylrechts, welches der Flüchtling erworben haben ſoll,) und prüft p. 31, in wie fern nach allgemeinem Staatsrecht Bürger von dem Staate, deſſen Unterthan der Flüchtling iſt, ausgeliefert werden dürften. — Im

2ten Kapitel verweilt nun der Verf. bei der Forderung der Staatsklugheit und hält hier an dem Satze (p. 36) fest, daß die Ungestraftheit der Verbrechen nicht begünstigt werden dürfe, die Verweigerung der Auslieferung aber dazu leicht führe; — der Staat, in welchen sich ein Verbrecher flüchtete, hat (p. 40) das höchste Interesse, daß nicht fremde Verbrecher bei ihm herumschweifen und die Ruhe des Staats und die Rechte der Bürger gefährden. Der Verf. widerlegt p. 44 die Meinung derjenigen, welche die Verweigerung der Auslieferung daraus rechtfertigen, daß die Flucht selbst ein Exil sey, indem der Flüchtling im fremden Lande verweilen müsse. — In Bezug auf die Frage, ob auch Bürger von dem Staate, dessen Bürger sie sind, ausgeliefert werden sollen, unterscheidet der Verf. (p. 50), ob die Bürger Verbrechen am Territorium des Staats verübten, der die Auslieferung verlangt, oder ob sie wegen der außer dem Territorium verübten Verbrechen ausgeliefert werden sollen. Im ersten Falle giebt der Verf. ein Recht der Auslieferung zu, glaubt aber, daß die Staatsklugheit davon abrathe, da man doch besorgen müsse, daß der Ausgelieferte im fremden Staate einer zu harten oder ungerechten Behandlung unterworfen werden könne. Im zweiten Falle giebt der Verf. (p. 53) kein Auslieferungsbefugniß zu; auch zeigt er (p. 54), daß die Mehrzahl der europäischen Staaten ihre Bürger nicht auslieferte. — Wenn der Staat, dessen Bürger der Auszuliefernde ist, Auslieferung verlangt, so nimmt der Verf. (p. 56) an, daß ausgeliefert werden soll, eben so (p. 61) in dem Falle, wenn ein Staat die Auslieferung einer Person, die Bürger eines dritten Staats ist, von einem andern Staate verlangt; nur fällt (p. 65) die Auslieferung weg, wenn der Auszuliefernde in dem Staate, der ausliefern soll, Verbrechen verübte. — Der Verf. stellt (p. 71) die Ansicht auf, daß nur wegen schwerer gemeiner Verbrechen Auslieferung eintreten soll; auf leichte Vergehen, Militärdesertion (p. 74), auf politische Verbrechen (p. 81) und Religionsvergehen (p. 85) will der Verf. die Auslieferung nicht ausgedehnt wissen. — Ueber die Art, wie die Auslieferung nachzu-

suchen ist (Kap. III.), erklärt sich der Verf. (p. 102 — 112), indem er von der verschiedenen Praxis spricht, entweder eine Person zu senden, an welche der Auszuliefernde abgeliefert werden soll, oder die Art, Ersuchungsschreiben zu erlassen. Ueber den Hauptpunkt, wie die Beweise beschaffen seyn sollen, welche der die Auslieferung Nachsuchende vorzulegen hat, erklärt sich der Verf. fast nicht genug; nur erkennt er (p. 115), daß der Staat, der ausliefern soll, die ihm vorgelegten Beweise gewissenhaft prüfen soll. — Den Schluß der Schrift macht eine Aufzählung der verschiedenen Staatsverträge über den Gegenstand, und (p. 182 im Anhang) ein Abdruck der im Königreiche der Niederlande geltenden Vorschriften über die Art, wie die Auslieferung nachgesucht und wie bei den Behörden verfahren werden muß. — Betrachtet man die über Auslieferung herrschenden Ansichten in Europa, so überzeugt man sich leicht, daß keine Gleichförmigkeit besteht; die einzelnen europäischen Staaten schließen Verträge mit den übrigen Staaten über Auslieferung ab, und bezeichnen genau die Verbrechen, wegen welcher sie ausliefern wollen, erklären also argumento a contrario, daß ohne diesen Vertrag keine Verbindlichkeit zur Auslieferung bestünde, und daß wegen anderer Verbrechen als der in dem Vertrage bezeichneten keine Auslieferung eintreten soll. Auch die neuesten publicistischen Schriftsteller erkennen diese Verschiedenheit des Gebrauchs, z. B. Pinheiro-Ferreira (selbst ehemals Minister in Portugall) im Cours de droit public interne et externe. Paris 1830. Vol. II. p. 24 — 34, und ein deutscher (trefflicher) Schriftsteller in der Minerva, von Bran. October 1831. S. 102, wo über den bekannten Fall des Galotti gesprochen wird. — Fragt man um das, was in dieser Lehre als gerecht und zweckmäßig dem Gesetzgeber sich empfiehlt; so hat unfehlbar Niemand in neuerer Zeit so nachdrücklich die Nothwendigkeit der Auslieferung darzuthun versucht, als v. Kamptz in den Jahrbüchern für preußische Gesetzgebung Heft 47 und 48 u. folg.; allein Rec. könnte nicht wünschen, daß der Grundsatz allgemeiner Auslieferung siegte. — Gewiß

rechtfertigt es sich, wenn die Auslieferung wahrer Verbrecher erfolgt, solcher, die nach unbestreitbaren in jedes Menschen Brust geschriebenen Gesetzen als schwere Verbrechen strafbare Handlungen verüben, z. B. Mord, Nothzucht, Fälschung u. s. w.; allein auch da, wo Auslieferung eintreten soll, muß der Grundsatz siegen, daß nicht den Untergerichten des Landes überlassen wird, auf dies ergangene Auslieferungsgesuch zu verfügen. Nicht selten fehlt es den Unterbeamten an jener richtigen Kenntniß criminalrechtlicher Grundsätze, um die Gründe würdigen zu können, aus welchen der requirirende Staat die Auslieferung verlangt. Die donnernden Worte eines erzürnten Staats, d. h. des aufgebrachten Ministers, genügen noch nicht; auch die Citation des Untersuchungsrichters des jenseitigen Staats beweist noch nicht die Strafwürdigkeit des Auszuliefernden. — Unterbeamte stehen zu sehr in einer abhängigen Stellung, als daß nicht die Besorgniß entstünde, daß die drohende imposante Requisition eines mächtigen Staats sie einschüchtern und zur größern Willfährigkeit, als sie sich wohl rechtfertigen läßt, bewegen könnte; daher soll es Regel seyn, daß nur das oberste Gericht des Landes über die Auslieferung zu entscheiden berechtigt wäre. — Rec. fordert ferner, daß überall Staatsverträge mit den Staaten, an welche man ausliefern will, geschlossen, und darin die Verbrechen, wegen welcher ausgeliefert werden soll, speciell bezeichnet werden; dadurch erspart sich der Staat manche unangenehme Streitigkeit mit andern Staaten; nur muß es Grundsatz seyn, daß wegen politischer Verbrechen nie Auslieferung eintrete. Mag man auch zugeben, daß unter dieser Maske gewissenlose und niederträchtige Menschen die Rolle des politischen Märtyrers spielen und durch Flucht einer wohlverdienten Strafe sich entziehen können, so muß man doch an dem oben ausgesprochenen Wunsche festhalten; weil sonst zu leicht der Staat, welcher Auslieferung bewilligt, des Unrechts eines fremden Staats sich theilhaftig macht, und einem momentan erzürnten Staate, oder richtiger einer momentan herrschenden Partei Gelegenheit giebt, unter dem Gesichtspunkte

der Strafe ihre Rache auszuüben. Politiſche Verbrechen können mit den übrigen Verbrechen nicht in eine Klaſſe geworfen werden; ſie ſind häufig das Produkt eines augenblicklich herrſchenden politiſchen Syſtems, deſſen Irrthum die ganze civiliſirte Welt beklagt. Wer möchte jenen Unglücklichen, die in Portugall und Spanien der Tyrannei ſich durch die Flucht entzogen, das Aſyl verweigern, und Schuld ſeyn, daß ſie der Gewalt in die Hände geliefert würden? — Es kommt bei Beurtheilung der Strafwürdigkeit politiſcher Verbrechen ſoviel auf die genaueſte Kenntniß der Verhältniſſe eines Landes, und insbeſondere ſoviel auf die Rechtmäßigkeit der Gewalt an, welche der politiſche Verbrecher bekämpft. — In Zeiten politiſcher Aufregung ſind häufig die Machthaber der Gewalt verblendet, und die rechtlichſten Schritte der Freunde des Vaterlandes, die wohlgemeinteſten Handlungen, um die Machthaber über den wahren Stand der Sache aufzuklären, werden als Verbrechen erklärt. — Freilich fühlt Rec., wie mißlich es mit der Taufe der Verbrechen ſteht, und wie unſicher die Namen leiten. Unter den Verbrechen, wegen welcher ausgeliefert werden ſoll, iſt auch gewiß der Hochverrath zu nennen, da es keinem redlichen Juriſten einfallen wird, den frevelhaften Mordverſuch an dem Regenten nur ein politiſches Vergehen zu nennen; allein thut man dies, ſo iſt einer bedenklichen Willkür Thür und Thor geöffnet. Nicht ſelten werden in die Auslieferungsrequiſitionsſchreiben wahre politiſche Verbrechen, z. B. eine freimüthige Schrift oder der Verſuch einen politiſchen Verein zu bilden, von den Machthabern staats- oder hochverrätheriſch genannt. Es bleibt nichts übrig, als daß jedem Auslieferungsgeſuche die Entſcheidung eines Gerichtshofes des requirirenden Landes beigefügt werde, worin dies Gericht motivirt und mit genauer Charakteriſirung der Anſchuldigung erkennt, daß der Angeſchuldigte vor Gericht geſtellt werden ſoll. — Man hat in neuerer Zeit oft auf das bekannte franzöſiſche Decret von 1811 ſich berufen, nach welchem die Auslieferung ſelbſt eines franzöſiſchen Bürgers als zuläſſig erklärt und die Entſcheidung über jeden einzelnen

Fall dem Regenten vorbehalten werden soll. — Man vergaß aber, daß dies Decret von jeher in Frankreich selbst schwer getadelt wurde, daß es selbst in Bezug auf die Auslieferung von Fremden mit art. 13. des Code civil im Widerspruch zu stehen scheint, und daß mit der Charte art. 62. das Decret unverträglich ist und als aufgehoben angesehen wird (s. Aufsatz in der Zeitschrift: Annales de législation von 1829. Nr. 9.) — Bemerkenswerth ist es auch, daß nach den neuesten Zeugnissen (le ministère public en France par Ortolan et Ledeau. Paris 1831. Vol. II. p. 231) Frankreich in keinem Falle mehr ausliefert. — Möge von der Nahmer, der in dem Augenblicke in Paris sich befindet, um alle Materialien zu seinem Werke „die europäische Civilpflege" zu sammeln, sich entschließen, sein Werk auch auf die Strafrechtspflege auszudehnen, damit wir endlich wenigstens eine vollständige Kenntniß von den Ansichten erhalten, nach welchen die verschiedenen Staaten in Bezug auf Auslieferung sich benehmen.

3) Dompierre Examen du droit de grâce. Lausanne 1823.

4) Candolle Diss. sur le droit de grâce. Genève 1829.

Die Frage über das Begnadigungsrecht ist in neuester Zeit wieder ein Gegenstand vielfacher Untersuchungen geworden. Einige Juristen haben den Regenten des schönsten Vorrechts der Krone ganz zu berauben, andere die Ausübung des Rechts an so viele Bedingungen zu knüpfen gesucht, daß am Ende nur der Name: Begnadigung, übrig bliebe. Ihre Ansichten haben wenig Anhänger gefunden. — Weit wichtiger ist die Frage: ob in constitutionellen Monarchieen das Begnadigungsrecht als rein persönliches Vorrecht des Regenten zu betrachten ist, so daß der Justizminister dafür auch nicht verantwortlich seyn kann. — Rec. nimmt keinen Anstand, diese Frage zu be-

jahen (ſ. auch Mohl Würtembergiſches Staatsrecht I. S. 209), wenigſtens iſt dieſe Anſicht unfehlbar die dem Geiſte der neueren Conſtitutionen entſprechende; die verneinende Anſicht iſt vorzüglich geiſtreich von einem franzöſiſchen Staatsmanne Guizot in der Schrift: de la peine de mort. Paris 1828. p. 164 etc. chap. X. vertheidigt worden. Mag auch der Regent nur auf den Rath und auf den Vortrag des Miniſters zu der Begnadigung ſich entſchließen, mag es wahr ſeyn, daß der Regent nie die ganzen Verhandlungen des Criminalfalles ſtudiren kann, und daß zuletzt die Art der Darſtellung durch den Miniſter den Entſchluß des Regenten beſtimmt; ſo wird dadurch nicht die Wahrheit der Anſicht aufgehoben, daß der eigentliche Entſchluß der Begnadigung ein Ausfluß der innerſten Geſinnung des Regenten und ein Act des Gewiſſens iſt, worüber keine juriſtiſche Rechenſchaft möglich iſt; denn von der moraliſchen Verantwortlichkeit wird der Regent nie frei. — Wollte man eine Verantwortlichkeit des Miniſters wegen der Ausübung des Begnadigungsrechts aufſtellen, ſo müßte man behaupten, daß da, wo der Regent im heiligen Momente das Wort „Gnade" geſprochen hat, der Miniſter, weil er überzeugt iſt, daß Begnadigung hier nicht verdient ſey, die Contraſignatur des Begnadigungsreſcripts verweigern müßte. Frage man einmal um den Eindruck, welchen eine ſolche Erſcheinung auf den geſunden Sinn des Volkes machen würde. Wer kann urtheilen, ob Begnadigung verdient ſey? Es iſt die Natur der Gnade, daß ſie beglückend auch da wirkt, wo kein formell nachzuweiſender Anſpruch auf Gnade iſt. — Unſeliges Mißtrauen, welches alle, auch die zarteſten Verhältniſſe, an ſtreng juriſtiſche Formen und Bedingungen knüpfen will. — Der Verf. von Nr. 3. iſt ein Gegner des Begnadigungsrechts, was ſich noch daraus erklären mag, daß er ſein Vaterland, den Canton du Vaud, im Auge hatte, und hier republikaniſche Ideen das monarchiſche Begnadigungsrecht bedenklich zu machen ſchienen. — Der Verf. von Nr. 4. bezweckt die Widerlegung der Anſichten der Schrift Nr. 3. Er ſtellt als Vortheile des Begnadigungsrechts (pag. 9)

den auf, daß dadurch unvollkommene Gesetze und gerichtliche Einrichtungen unschädlich gemacht werden können, und daß dadurch der Regent ein Mittel erhält, Verdienste eines Angeschuldigten, die sich derselbe früher um den Staat erwarb, zu belohnen; er verschweigt zwar nicht die Nachtheile (p. 13), insbesondere daß dadurch die Verantwortlichkeit der Richter vermindert wird, daß häufig geübte Begnadigung ein Hinderniß der Entstehung guter Strafgesetzgebungen werden, weil man durch Begnadigungen nachhilft, und daß vorzüglich die Zahl der Verbrechen durch häufige Begnadigungen vermehrt wird, weil die Verbrecher zuviel Aussicht haben, der Strafe zu entgehen; die Vortheile des Begnadigungsrechts scheinen dem Verf. (p. 15) weit überwiegend; er prüft nun (p. 17) den Zusammenhang, in welchem dies Recht mit andern Einrichtungen, insbesondere mit dem Charakter der Strafgesetze eines Landes, mit dem weiten Ermessen der Richter und den Befugnissen der Geschwornen steht; und kommt zu dem Satze, daß je mehr eine Gesetzgebung ohnehin andere Einrichtungen hat, wodurch einer zu strengen Anwendung der Strafgesetze entgegengewirkt werden kann, das Begnadigungsrecht desto weniger nothwendig wird; er glaubt aber, daß die Ausübung dieses Rechts doch vorzuziehen sey andern Mitteln, z. B. der willkürlichen Begnadigung, welche die Geschwornen durch ihren sogenannten frommen Meineid ausüben, wenn sie lossprechen, weil ihnen die Strafe zu hart scheint. Der Verf. prüft (p. 28) die Mittel, welche man vorschlägt, um den Mißbrauch des Begnadigungsrechts zu verhindern, nämlich 1) die Fälle zu bestimmen, worin Begnadigung ausgeübt werden dürfte; 2) eine passende Behörde zu finden, der man das Recht übertragen kann; 3) die Art der Ausübung an gewisse Formen zu binden. Der Verf. bemerkt mit Recht gegen den ersten Vorschlag, daß man, um die Fälle specifiren zu können, auch alle Fälle vorhersehen müßte, an welchen die Erfahrung die Aussprüche der Gesetze als fehlerhaft nachweisen wird. Bei manchen Fällen, in welchen Begnadigung allerdings gegründet ist, möchte es nach des Verf. (p. 24) richtiger Bemerkung

unklug ſeyn, dem Fall ſpeciell vorher zu erwähnen. — In Bezug auf den zweiten Vorſchlag berückſichtigt der Verf. mehr die Einrichtung in nicht monarchiſchen Staaten, er findet es nicht zweckmäßig, wenn der vollziehenden Gewalt die Befugniß zu begnadigen eingeräumt wird, fordert aber, daß in jedem Falle die Gerichte mit ihrem Gutachten über die Begnadigung gehört werden. — Die erſte Garantie gegen den Mißbrauch des Begnadigungsrechts iſt Oeffentlichkeit der Verhandlungen. Wo das Publicum an derſelben Theil nehmen kann und den Inhalt derſelben erfährt, wird es auch am beſten die Gerechtigkeit der Begnadigung beurtheilen können, und die öffentliche Stimme, welche gegen grundloſe Begnadigung dann ſich erhebt, wird geeignet ſeyn, die Wiederholung ſolcher Fälle zu verhindern. Bekanntlich hat die würtembergiſche Verfaſſungsurkunde §. 92. durch die Worte: „es ſteht dem Könige zu, Straferkenntniſſe vermöge Begnadigungsrechtes auf erforderten und erſtatteten Bericht des erkennenden Gerichts aufzuheben oder zu mildern", den König verpflichtet, vorerſt Bericht des Gerichts einzuholen; allein ſchwerlich darf man behaupten, daß die Begnadigung, welche der König ertheilte, ungeachtet das Gericht gegen die Begnadigung ſich erklärte, ungerecht ſeyn würde. — Durch die ferneren Worte der würtembergiſchen Verfaſſungsurkunde: „der König wird bei Ausübung des Begnadigungs- und Abolitionsrechts darauf Rückſicht nehmen, daß dem Anſehen und der Wirkſamkeit der Strafgeſetze dadurch nicht zu nahe getreten werde", iſt die Richtung der Ausübung des erhabenen Rechts genugſam bezeichnet, obwohl auch hieraus nicht eine andere als moraliſche Verantwortlichkeit wegen des Mißbrauchs gefolgert werden kann. — Der zweite Theil der vorliegenden Abhandlung (von p. 33 an) enthält eine Darſtellung der verſchiedenen Geſetzgebungen, der römiſchen, franzöſiſchen und engliſchen, der Beſtimmungen der nordamerikaniſchen Staaten, und in den verſchiedenen Schweizerkantonen. Der dritte Theil liefert einige ſtatiſtiſche Documente über die Zahl der Begnadigungen, in Preußen (aus Julius Vorleſungen extrahirt), in Eng-

land und Frankreich; und besonders interessant sind die bisher nicht durch den Druck bekannt gemachten Tabellen über die bei dem Tribunal de recours in Genf vorgekommenen Begnadigungsfälle. In Genf wird nämlich das Begnadigungsrecht von einem Tribunal de recours ausgeübt, das die drei Gewalten repräsentirt; der Syndicus und 6 Staatsräthe repräsentiren die vollziehende Gewalt; 8 Juristen erscheinen als Stellvertreter der richterlichen Macht, und 24 Mitglieder des Conseil représentatif sind die Repräsentanten der legislativen Gewalt. — Gewiß ist eine solche Statistik der ausgeübten Begnadigungen von hohem Interesse. Sie dient dazu, diejenigen Punkte der Legislation zu zeigen, wo die Nachhülfe am dringendsten nothwendig ist. Eine genaue Vergleichung der deutschen Tabellen zeigt, daß in Deutschland die Begnadigungen am häufigsten sind, insbesondere in Ländern, wo gemeines deutsches Criminalrecht gilt, und wo die Richter ängstlich und pedantisch noch am Buchstaben der Quellen des gemeinen Rechts hangen; besonders merkwürdig sind die deutschen Tabellen, um zu beweisen, daß die Todesstrafe nur sehr selten zur Anwendung kommt. Wir werden in einem der nächsten Hefte Details darüber unsern Lesern vorlegen.

Halle, gedruckt in der Gebauerschen Buchdruckerei.

Bei C. A. Schwetschke und Sohn in Halle sind erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Mühlenbruch, C. Fr., doctrina pandectarum, 3 Vol. Edit. III. 8 maj. 1831. 4 Thlr.

Tittmann, C. A, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, 2te umgeänd. Aufl. in 3 Bänden, gr. 8. 1822 — 1824. 6 Thlr.

— Handbuch für angehende Juristen, zum Gebrauch während der Universitätszeit und bei dem Eintritte in das Geschäftsleben, gr. 8. 1828. 3 Thlr.

Vom Archiv des Criminal-Rechts:

Altes Archiv, 1798 — 1811. VII Bände, mit Register über das Ganze 13 Thlr. 21 gGr.

Neues Archiv, 1820 — 1832 I — XIIter Band, nebst Registern 24 Thlr.

Unter der Presse befindet sich:

Heffter Lehrbuch des Strafrechts.

Neues Archiv
des
Criminalrechts

herausgegeben
von
den Professoren

J. S. H. Abegg
in Breslau,
J. M. F. Birnbaum
gegenwärtig in Bonn,
A. G. Heffter
in Halle,
C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,
C. G. Wächter
in Tübingen.

Dreizehnten Bandes zweites Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn
1832.

Inhalt.

VI. Ueber Disciplinarvergehungen der Staats- und Kirchendiener. Von Hefter. (Beschluß.) S. 155

VII. Revision der Lehre von dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit (Crimen vis). Von Wächter. (Fortsetzung.) — 195

VIII. Ueber die verschiedenen Arten strafbarer Tödtung und ihr Zusammenfassen in einen Gattungsbegriff, mit Rücksicht auf den Begriff der Entwendung, insbesondere von der fahrlässigen Tödtung und von dem Unterschiede zwischen Criminal- und Civilverbrechen nach gemeinem deutschen in Vergleichung mit dem französischen Rechte. Von Birnbaum. (Fortsetzung.) — 249

IX. Die gesetzliche Beweistheorie in ihrem Verhältniß zu Geschwornengerichten, mit besonderer Rücksicht auf den neuesten Entwurf eines Gesetzbuchs über das Verfahren in Strafsachen von 1851. (Fortsetzung.) — 280

X. Beurtheilung der neuesten criminalistischen Schriften, insbesondere über die Todesstrafe — 504

1) Du maintien de la peine de mort. Par M. J. A. Silvela. Paris 1852.

2) Quelques observations de M. de Sellon sur l'ouvrage intitulé: nécessité du maintien de la peine de mort. — Genève 1852.

3) Reflexions sur la peine de mort, le supplice de la marque, et les travaux à temps. Caen 1851.

4) Les griefs - maintenues la peine de mort. Par Dinocourt. Paris 1830.

5) De la peine de mort. Opinion prononcée dans la conférence générale des avocats de Paris. Par A. Bovier - Lapierre. Paris 1832.

6) Facts relating to the punishment of Death in the metropolis, by Wackefield. London 1831.

7) Report on the select Committee on criminal commitments and convictions communicated by the comons to the lords. 1828. 1829.

8) Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de loi relatif à des formes dans la legislation pénale. Par Dumon. Paris 1831.

9) Rapport fait à la chambre des Pairs par le Comte de Bastard. Paris 1832.

Neues

Neues Archiv
des
Criminalrechts.

Dreizehnten Bandes zweites Heft.

VI.

Ueber Verbrechen und Disciplinar-Vergehungen der Staats- und Kirchendiener.

Von
Heffter.

(Beschluß von Nr. II. im ersten Hefte.)

II.

Eigenthümlichkeiten des Verfahrens gegen Staats-, Kirchen- und Schuldiener wegen gemeiner Verbrechen, Dienstverbrechen und Dienstvergehungen.

§. 14.

Um diesen Gegenstand, welcher unsere Aufmerksamkeit noch ganz vorzüglich in nähern Anspruch nimmt, gehörig zu erörtern, sind hauptsächlich folgende Punkte ins Auge zu fassen:

1) die Competenz der Gerichte;
2) die Concurrenz der Verwaltung;
3) der Einfluß der gerichtlichen Entscheidungen.

Die Aufgabe ist, Willkühr möglichst vom Recht abzuscheiden.

§. 15.

Verfahren wegen Verbrechen in und außer dem Dienste.

Competenzpunkt.

Keiner Frage unterliegt wohl, daß, wenn in einem Staat einmal eine selbstständige gerechte Strafgerichtsbarkeit besteht oder bestehen soll, um die Forderungen der ganzen Staatsgemeinde auf Genugthuung wegen begangener Verbrechen zu realisiren, alsdann auch die Competenz der Strafgerichte in Ansehung wahrer Verbrechen der Staats-, Kirchen- und Schuldiener, welche das allgemeine öffentliche Interesse berühren, wesentlich und ausschließlich begründet seyn muß, und daß weder dem Verbrecher gestattet seyn kann, unter dem Schild seines Dienstherrn oder der besondern gesellschaftlichen Ordnung, welcher er angehört, den allgemeinen Rechtsanforderungen sich zu entziehen, noch auch dem Dienstherrn oder dem besondern Regiment, welchem der Verbrecher vermöge seines Dienstes unterworfen ist, ein willkührliches hartes Züchtigungsrecht über denselben auszuüben; denn auch der Staats- und Kirchendiener hört nicht auf, dem Allgemeinen anzugehören, auch er behält immer ein Recht auf den Mitgenuß an allen Vortheilen der bürgerlichen Gemeinschaft und namentlich auf gerichtliches Gehör und Urtheil, wenn er in seinen Rechten eine Verminderung erleiden soll. Wenn nun auch bisher die Nothwendigkeit dieser Grundsätze nicht allenthalben gleichmäßig anerkannt ist, so steht doch soviel fest, daß die strafgerichtliche Competenz bei allen in den Staatsgesetzen anerkannten Verbrechen der Staats- und Kirchendiener begründet sey, und nur folgende Modificationen sind zu vermerken:

1) Rücksichtlich der Verbrechen, welche ein Staatsdiener in seinem Amte verübt (§. 7.), es seyen dies nun reine Dienstverbrechen oder gemeine Verbrechen, hat sich in manchen Staaten in neuerer Zeit das System einer s. g. Vertretung der Staatsdiener durch den Staat (garantie des fonctionnaires publics) entwickelt, vermöge dessen es nicht gestattet ist, einen Staatsdiener wegen eines im Amte verübten Verbrechens ohne Erlaubniß der Regierungsgewalt zu verfolgen [90]).

---

90) S. wegen Preußen eine Verordn. vom 26. Dezbr. 1808 wegen verbesserter Einrichtung der Behörden §. 47. „Untersuchungen gegen Regierungsoffizianten über bloße Dienstvergehungen können die Gerichte nicht anders, als auf einen vorhergegangenen Antrag der betreffenden Regierung einleiten, es wäre denn mit dem Vergehen ein solcher Excess verbunden, der den Thäter, auch wenn er nicht Offiziant wäre, schon der Behandlung der Gesetze schuldig machte.“ Die Regierungen müssen deshalb an die resp. Ministerien berichten. (Geschäfts-Anw. vom 31. Dezbr. 1825. Cab. O. v. 5. Aug. 1824.) Die Verwaltungsbehörden können aber sogar wegen gemeiner Verbrechen im Administrationswege zuerst die Dienstentlassung veranlassen und dem Gericht alsdann nur noch die Verhängung der sonstigen rechtlichen Folgen solcher Verbrecher überlassen. Cab. O. v. 21. Febr. 1825. Wegen Frankreich s. Merlin Rep. Univers. *m. garantie des fonctionnaires publics.* Wegen Baiern Edict über die Verth. der Staatsdiener, Beil. der Verf. Urk. n. IX. Art. 26. „In Untersuchungen wegen Dienstverbrechen oder Vergehen gegen wirkliche Kollegialvorstände und alle diesen gleich oder höher stehende Staatsbeamte entscheidet d. K. Staatsrath, ob der Angeschuldigte vor Gericht gestellt werden soll.“ Nach dem Kurhessischen Staats-Gesetz §. 50. findet zwar eine solche Garantie im Allgemeinen nicht Statt, doch dürfen die Gerichte entweder nur auf Antrag der Dienstbehörde, oder auf landständische Anklage, oder auf eine Privatanzeige wegen Dienstvergehen einschreiten.

Referent hat sich bereits anderweitig über dieses Institut geäußert [91]), und auch neuerdings seine Ansichten durch eine gewichtvolle Stimme bestätigt gefunden [92]). Es ist dasselbe zur Zeit kein gemeinrechtliches geworden und kann es dies auch wohl schwerlich werden, da in demselben eine Hemmung des freien Laufs der Gerechtigkeit liegt; vielmehr ist noch zur Zeit als gemeinrechtlicher Grundsatz festzuhalten, daß, gleichwie bei allen andern Verbrechen, also auch bei Verbrechen der Staatsdiener jeder Art, Anklage oder Inquisition von Amts wegen Statt findet [93]), wenn auch in einzelnen Fällen die Natur der Sache eine Concurrenz der Verwaltungsbehörden nöthig macht (§. 17.).

2) Bei Kirchen- und Schuldienern kommt es zuvörderst darauf an, welches der verschiedenen, in §. 6. angegebenen Systeme in einem Staate Geltung hat. Da, wo die geistlichen Gerichte und Consistorien die ganze Criminal-Jurisdiction über ihre Untergebenen haben, kann natürlich von der Competenz der weltlichen Gerichte nur ausnahmsweise die Rede seyn, wenn nämlich die geistlichen Richter einen Verbrecher nach vorausgegangener Degradation zur weltlichen Bestrafung, mit der Intervention „gegen Verhängung einer Todesstrafe" abliefern [94]).

---

91) Beitr. z. d. St. u. F. R. I. S. 164 ff.

92) S. Pfeiffer's prakt. Ausff. III. S. 450. ff.

93) Sehr bemerkenswerth ist die Bestimmung der großherz. hess. Verf.-Urk., daß Untersuchungen gegen Staatsdiener wegen Dienstverbrechen niemals niedergeschlagen werden können!

94) Ueber die Ceremonien dabei s. Boehmer J. E. P. V, 57, 104.

Nach dem neuern katholischen Kirchenrecht kann dies aber nur geschehen 1) bei solchen Verbrechen, wo ausdrücklich die poena degradationis in den Kirchengesetzen anerkannt ist, nämlich bei Häresis, falsificatio litterarum apostolicarum, assassinium, nefandum crimen (Sodomie) non semel tantum commissum, sollicitatio ad turpia in confessione sacramentali, celebratio missae aut exceptio confessionis sacramentalis ab eo, qui presbyter non est, falsum monetarium, sacrilegium et furtum Eucharistiae, procuratio abortus in foetu animato. 2) Bei allen andern schweren Verbrechen, welche der Schuldige nach vergeblich angewandten andern Strafen, nämlich nach der depositio verbalis und excommunicatio, wieder begeht [95]).

Bei den Protestanten hat sich dagegen die Praxis gebildet, daß jederzeit die Consistorien, wo ihnen überhaupt noch die jurisdictio ecclesiastica gelassen ist, nur bis zur Einleitung der Specialinquisition verfahren dürfen, und diese selbst schon dem weltlichen Richter überlassen müssen [96]). Eine eigentliche oder vollkommene peinliche Gerichtsbarkeit wird also den Consistorien, auf den Grund des canonischen Rechts, nicht zugestanden. Hin und wieder haben jedoch dieselben z. B. in Sachsen, wie schon oben bemerkt ward, das Recht, nach summarischen

95) S. Benedicti XIV. de synodo dioecesana lib. IX. c. 6. §. 7 sqq. (p. 300 sqq. ed. Rom. II.)

96) Carpzov Jpr. Consist. lib. III. def. 5. n. 4. J. H. Bochmer J. Eccles. Prot. I. ad II, 2. §. 67. Meister Einl. z. peinl. Rgelehrs. S. 695 ff. Quistorp Grundss. d. peinl. R. §. 583. Tittmann Handb. der Strafr. Wiss. §. 645. ste Ausg.

Unterſuchungen geringere Strafen, ſelbſt Zuchthaus zu erkennen, nur daß die Vollſtreckung nach vorheriger Abſetzung den weltlichen Gerichten überlaſſen bleibt [97]). Ja ſelbſt außerhalb Sachſen behauptet man, daß entweder dem Conſiſtorium oder doch dem Landesherrn die Befugniß zuſtehe, die ganze peinliche Unterſuchung mit Uebergehung der weltlichen Gerichte einer beſondern Commiſſion zu übertragen [98]). Wo hingegen den Obern und Conſiſtorien die Gerichtsbarkeit völlig oder doch wegen gemeiner Verbrechen entzogen iſt, da verſteht ſich von ſelbſt, daß das Einſchreiten der competenten Criminalgerichte ſchlechterdings von dem Willen der geiſtlichen Behörde unabhängig iſt. In Preußen gilt hierbei das Recht der Staatsdiener.

§. 16.

Concurrenz der Verwaltungsbehörden bei Criminalunterſuchungen gegen Staats-, Kirchen- und Schuldiener.

Wo nicht etwa noch Verwaltung und Gerichtsbarkeit in derſelben Behörde vereinigt iſt, wie es namentlich bei den Conſiſtorien hin und wieder der Fall iſt, deßgleichen bei obern Juſtizbehörden in Anſehung der Verbrechen ihrer Untergebenen, da erhält die Frage eine beſondere Erheblichkeit: welche Rechte ſtehen der Verwaltung bei Criminalproceſſen gegen ihre Diener zu? und zwar zuerſt bei Einleitung derſelben, ſodann in Hinſicht etwaniger proviſoriſcher Maaßregeln, die in Folge der Anklage im

97) Kurf. Sächſ. Regulativ v. 1782. §. 12. vgl. mit Kurſächſ. Kirchenordnung c. X.

98) Boehmer l. s. T. V. 57. §. 105. Meiſter a. a. O. S. 696. Wildenberg de exceſſibus et poenis clericorum. Jen. 1740. §. 61.

Interesse des Dienstes zu nehmen sind, endlich in Ansehung der Rechtsverfolgung selbst.

§. 17.

a) Bei Einleitung der Untersuchung.

Die Einleitung einer gerichtlichen Untersuchung wegen gemeiner und Dienstverbrechen ist an sich, wie schon §. 15. angedeutet worden, nur eine Justizsache und also nicht abhängig von dem Willen und Antrag der Verwaltungsbehörden. Vielmehr kann sie regelmäßig, wie in allen andern Fällen, ex officio von der gerichtlichen Gewalt veranlaßt werden, sobald die Existenz eines solchen Verbrechens glaubhaft zu ihrer Kenntniß kommt. Dies Prinzip ist aus der Natur dieser Gewalt, deren Zweck ist, überall und durchaus dem Recht Achtung zu verschaffen, unbestreitbar. Nur das rein positive System der Garantie (§. 15.) kann hievon bei den im Dienst begangenen Verbrechen eine Ausnahme begründen. Zwar ließe sich fragen, ob nicht, auch ohne die bestimmte Anerkennung eines solchen Systems, schon aus höhern Grundsätzen des Staatsrechts die Staatsverwaltung gegen die Einleitung einer Untersuchung wider ihre Diener, wegen im Dienst begangener Verbrechen, intervenniren könne, indem sie erklärt: daß sie die Handlung — z. B. die injuriöse Behandlung eines Verwalteten, einen anscheinenden Exceß oder Mißbrauch des Amts — schlechterdings für dienstgemäß halte und dieselbe als die ihrige betrachtet haben und vertreten wolle; und man könnte vielleicht behaupten, daß dadurch der Diener aller Verantwortung entlastet werde, also von einem Criminalproceß überhaupt nicht mehr die Rede seyn dürfe, weil der Staat selbst kein Verbrechen be-

gehen könne. Mag nun auch gerade diese Ansicht der s. g. Garantie der Staatsdiener zum Grunde liegen, so bleibt doch kaum zweifelhaft, daß sie grundfalsch sey und durch ein höheres Princip völlig vernichtet werde. Denn wenn einmal feststeht, daß die Frage über menschliches Recht und Unrecht zur Competenz der Gerichte gehört, so kann sich die Verwaltung, selbst Partei, nicht das Recht setzen, sie muß, wenn einmal die Rechts- und sonstige Staatsverwaltung von einander geschieden und jene unabhängig von einseitigem Willen dastehen soll, wie es im Interesse einer unparteiischen Rechtspflege liegt, derselben auch die Entscheidung jeder in ihr Gebiet einschlagenden Frage überlassen. Nur eine förmliche aus dem höchsten Quell aller Macht im Staate fließende Begnadigung kann den Weg des Rechts ausschließen.

Soviel ist nun allerdings unläugbar, daß die Verwaltungsbehörden am besten im Stande seyn werden, dem Criminalrichter die nöthigen Materialien, welche zur Begründung einer Anklage gegen einen Staatsdiener wegen eines im Dienste begangenen Verbrechens, wenigstens wegen vieler derselben, erforderlich sind, an die Hand zu geben, daher denn meist auch die Veranlassung zur Einleitung der Untersuchung von der Verwaltung ausgehen wird, und damit solches desto sicherer geschehen kann, so wird sich der Verwaltung nicht die Befugniß abstreiten lassen, vermöge ihrer aufsichtlichen Rechte eine Vor-Information [99]) zu veranstalten, die freilich nie den Charakter einer Criminalinstruction annehmen sollte, d. h. worin besonders der Angeschuldigte noch nicht als ein

99) Hievon handelt zum Theil der Aufsatz in diesem Archiv Bd. II. S. 486 ff.

wirklich Verdächtiger behandelt werden darf[100]). Schwieriger möchte im Allgemeinen die Frage seyn, ob die Gerichte, sobald sie glaubwürdige Kenntniß von dem Verbrechen eines Staatsdieners erhalten, die betreffende Verwaltungsbehörde zur Anstellung weiterer Nachforschungen und amtlichen Mittheilung der Ergebnisse auffordern und allenfalls auch von ihren Gewaltmitteln dabei Gebrauch machen können? Stellt man wieder das Princip der Gerechtigkeit an die höchste Spitze des Staatslebens, so würde die Frage unbedenklich bejahet werden müssen; erwägt man jedoch, daß aus menschlichen und politischen Gründen den einzelnen Gerichtsbehörden keine unumschränkte Gewalt eingeräumt werden kann, daß ihnen namentlich eine solche nicht über andere Staatsbehörden, welche unabhängige Zweige der Staatshoheitsbefugnisse verwalten, zustehen kann, so wird sich in der Erscheinung der Staaten freilich Manches der Anwendung des absoluten Princips widersetzen, und wenn demnach in einem Staat die Gerichte andern Behörden nichts mit Zwang befehlen können, so wird ihnen auch das jetzt besprochene Recht nicht beizulegen seyn, sie werden vielmehr abwarten müssen, was die Verwaltungsbehörde auf die Requisition zu thun für gut findet, oder sie werden auf anderm Wege die nöthigen Aufklärungen

100) Ein solches Recht zu einer vorläufigen Untersuchung ertheilt den Verwaltungsstellen bei wirklichen Amtsvergehungen ausdrücklich die großherz. hess. Dienstpragmat. §. 25. und das damit übereinstimmende coburgsche Gesetz von 1821. §. 21, beide mit der namentlichen Befugniß zu eidlichen Zeugenvernehmungen. Vgl. auch Kurhess. Staatsdiener-Ges. §. 47. 49, wo jedoch die Verwaltungsbehörden wegen Feststellung einzelner Thatsachen an die Gerichte gewiesen sind.

tere Rechtslehrer der Meinung, daß dieselbe erst mit Einleitung der Specialinquisition erfolgen könne [104]), wobei sie denn freilich an die jetzt s. g. articulirte Untersuchung dachten [105]). Da wir aber jetzt die Specialinquisition viel früher anfangen lassen und von der articulirten Untersuchung nur bei atrocioribus delictis Gebrauch machen, so läßt sich mit vollkommener Befugniß die Zulässigkeit einer Dienstsuspension auch schon dann behaupten, wenn die summarische Specialinquisition gegen einen Staats- oder Kirchendiener eingeleitet wird, d. h. wenn schon Gründe vorhanden sind, den Angeschuldigten als einen wirklich Verdächtigen zu behandeln, womit auch das canonische Recht übereinstimmt, welches jene formellen Unterschiede nicht kennt, sondern nur eine infamatio voraussetzt [106]).

2) Der Gegenstand der richterlichen Cognition kann bei gehöriger Scheidung der richterlichen und Verwaltungsbefugnisse wesentlich nur der seyn, ob die von der Verwaltungsbehörde bereits verfügte oder doch beantragte oder derselben zu überlassende Suspension auch auf eine provisorische Entziehung der Amtsvortheile, des beneficii auszudehnen sey, und in welchem Maaße. Und hiebei möchte wohl kaum einem Be-

104) S. außer dem von Pfeiffer S. 362. n. 103. Angeführten, auch noch in Bezug auf die Kirchendiener Carpzov Jurispr. Consist. lib. III. def. 115. n. 5 sqq. J. H. Boehmer J. E. P. IV, 5. §. 80. Ge. L. Baehmer Princ. j. eccles. §. 886. Leyser sp. 650. med. 8 sq.

105) Vgl. Biener Beitr. zur Gesch. des Inquis.-Proc. S. 181 ff.

106) Vgl. j. B. C. 2. qu. 5. can. 15.

denken unterworfen seyn, daß bei starkem Verdacht eines schweren Verbrechens, welches die Dienstentsetzung nach sich zieht, auch eine Innebehaltung der Amtsvortheile, wiewohl mit Vorbehalt einer angemessenen Competenz, verordnet werden könne. Denn das Amt kann mit Recht als verwirkt von der Zeit an angesehen werden, wo sich der Diener durch seine Handlungen desselben unwürdig gemacht hat, worüber das künftige Urtheil blos die Gewißheit geben soll[107]). In andern mehr bedenklichen Fällen würde man aber nur befugt seyn, zur Deckung der etwanigen Untersuchungs- und Unterhaltungskosten des Inhaftirten einen angemessenen Abzug an den Dienstemolumenten eintreten zu lassen. Ueberhaupt fällt das Alles als ein Interimistikum der richterlichen Klugheit anheim, auch versteht sich von selbst, daß nach erfolgter Freisprechung alles Zurückbehaltene, soweit es nicht in den Nutzen des Angeschuldigten verwendet worden ist, restituirt werden müsse. Sollte wider Jemand anders, praeter viam juris, verfahren worden seyn, so würde, nach gemeinem Recht wenigstens, die exceptio spolii, die auch im Criminal- und namentlich im Inquisitionsproceß Statt findet[108]), begründet seyn.

107) Die Erfüllung der Verpflichtungen, unter welchen Jemand ein Amt übertragen wird, ist die stillschweigende, oft ausdrückliche Bedingung der Dauer des Dienstverhältnisses. Die l. 244. D. de V. S. „nam simulac quis victus est ejus maleficii, cujus poena est statuta, statim ea debetur — geht nur auf die wirkliche Strafe.

108) S. Vultej. de judic. II, 7. n. 539. Carpzovii Pract. R. Crim. qu. 141. n. 20. Ueberhaupt aber Durranti Spec. Jur. II, 1. §. 2. Baldi Add. ibid. Ueber die Frage, ob die appellatio a suspensione suspensive Kraft habe? Leyser sp. 650. med. 51 sq.

Die neuern Gesetzgebungen enthalten theils conforme, theils abweichende Bestimmungen.

Nach einem französischen Gesetz über die gerichtliche Organisation [109]) ist jede richterliche Person in Folge eines wider sie erlassenen Verhaftbefehls ipso jure von ihrer Function suspendirt. — Das preußische Staatsrecht überläßt bei Dienstverbrechen von Kirchendienern und Lehrern an gelehrten Schulen dem betreffenden Consistorium die Verfügung der Dienstsuspension und fordert selbige sogar bei Criminalunterſuchungen [110]); wegen gemeiner Verbrechen der Geistlichen und Schullehrer kann sie entweder das Gericht oder die betreffende Kirchen- und Schulcommission verfügen. Gleiches gilt von den Suspensionen der Staatsdiener, welche durch die betreffenden höhern Verwaltungsbehörden und zwar in der Regel bei jeder förmlichen Untersuchung erfolgt [111]). Dem Suspendirten wird regelmäßig nur die eine Hälfte des Gehalts und der Emolumente gelassen, die andere aber zur Bestreitung der Kosten, Belohnung des Stellvertreters u. s. w. einbehalten. Bei schwerern Dienstvergehungen, wenn die Amtsentsetzung wahrscheinlich erfolgen wird, erhält der Suspendirte nur den nothdürftigen Unterhalt [112]). Wird er hinterher ab instantia absolvirt, oder doch gelinder als mit Dienstentsetzung bestraft, so erhält er blos das vom Staat nicht Ver-

109) vom 20. April 1810. Art. 58.

110) L. R. II, 11, 556. 537. Consistorial-Instruct. in der Ges.-S. v. 1817. S. 238. 241.

111) Rescr. v. 28. Aug. 1796.

112) Crim.-Ordn. §. 221. 222. Rescr. v. 25. Jun. 1825. v. Kamptz Ann. IX. S. 568.

wendete des einbehaltenen Gehalts und der Emolumente ohne Rechnungslegung zurück; im Fall einer vollständigen Freisprechung bleibt die Bestimmung dem König auf Vortrag des Staatsministeriums vorbehalten [113]). — Das baierische Recht ist in dem Strafgesetzbuch genau und sorgfältig enthalten. Dienstsuspension kann nur bei erkannter Specialinquisition eintreten. — Das kurhessische Staatsdienstgesetz (§. 26. 27.) überläßt zwar die Suspension der Verwaltung, gestattet aber wegen theilweiser Einbehaltung des Gehalts den Rechtsweg, stimmt also im Wesentlichen mit den oben erörterten Grundsätzen überein. — Nach dem großherz. hessischen Edict über die öffentlichen Verhältnisse der Civil-Staatsbeamten [114]) ist die Suspension vom Dienst und ganzen Gehalt mit jeder gerichtlichen Specialuntersuchung oder Versetzung in den Anklagestand verbunden; auch sind schon die Verwaltungsstellen zu deren Verfügung bei dem Verdacht einer Amtsverletzung berechtigt [115]). Es bleibt aber den Gerichten hinterher beim Definitivurtheil die weitere Bestimmung über die Ansprüche an das einbehaltene Gehalt vorbehalten [116]). Eine Competenz verwilligte erst ex aequo et bono bis zu einem gewissen Maximum das Gesetz vom 12. Juli 1827. — Nach einem sachsen-coburgschen Gesetz [117]) zieht Specialinquisition allemal suspensio ab officio et beneficio nach sich, und auch schon die Verwaltung kann sie wegen Amtsvergehungen verfügen.

113) Cab.-Ordre v. 8. Dec. 1824.
114) vom 12. April 1820. §. 22.
115) §. 23.
116) Ges. v. 9. März 1824. §. 8.
117) vom 20. April 1821. §. 20. 21.

§. 19.

Concurrenz der Verwaltung beim gerichtlichen Verfahren und Urtheil.

Inwiefern gerade an Untersuchungen gegen Staatsdiener die Verwaltung einen nähern Antheil nehmen könne, z. B. durch einen Fiscal oder sonstigen Vertreter, welche Rechtsmittel sie gegen ein dem Angeschuldigten zu günstiges Urtheil nehmen dürfe [118]): dies und Aehnliches gehört lediglich den verschiedenen Prozeßordnungen an und bietet keinen Stoff zu allgemeinen Betrachtungen dar. Nur dies sey hier noch bemerkt, daß nach einer sonst allgemein angenommenen und auch in dem kirchlichen Wesen begründeten Meinung die Dienstentsetzung von Geistlichen als ein Act der kirchlichen Jurisdiction vom weltlichen Richter nur mit Vorwissen und Zuziehung der competenten kirchlichen Behörde selbst wegen gemeiner Verbrechen giltig verfügt werden kann, also in der katholischen Kirche nur mit Vorwissen des Bischofs, resp. einer noch höhern competenten kirchlichen Behörde [119]), in der protestantischen aber mit Genehmigung derjenigen Behörde, welche die jura episcopalia ausübt [120]). Fast auf gleiche Weise will die großherzogl. badische Civildienstpragmatik [121]), daß bei gemeinen Verbrechen von Staatsdienern, die eine pein-

118) Wie z. B. in dem pr. fiscal. Proceß geschehen kann. A. G. O. I, 35. §. 98. Vgl. auch Kurhess. Staatsd.-Ges. §. 51. 55.

119) Schon nach Nov. 123. c. 21. §. 1.

120) Vgl. Carpzov Jpr. Eccles. III. def. 110. Wegen Preußen s. oben §.

121) von 1819. §. 17.

liche Strafe nach sich ziehen, die Dienstentsetzung nicht durch die Justizbehörde, sondern auf deren Gutachten von der höchsten Verwaltungsstelle ausgesprochen werden soll, wovon sich wohl sonst kein Beispiel finden, wofür sich aber allerdings Manches sagen lassen dürfte, wenn man einmal Justiz und Verwaltung scharf von einander sondern will. Natürlich müssen alsdann die besondern Dienststrafen ganz aus der Reihe der Criminalstrafen gestrichen werden, und es muß auch ein bloßes gutachtliches Benehmen der Justizbehörde mit der Verwaltung ganz wegfallen, weil es sonst niemals an Conflicten fehlen wird. Einiges soll hierüber noch am Schlusse dieser Abhandlung gesagt werden.

§. 20.

Einfluß der gerichtlichen Entscheidung auf das Verhältniß des Staats- und Kirchendieners.

Soll die richterliche Gewalt im Staat ihre selbstständige Function und Realität haben, d. h. soll das Recht in jedem Staate die höchste und letzte Instanz seyn, der sich auch die Politik — den Fall einer die Selbsterhaltung gefährdenden Noth ausgenommen — unterordnen muß — und wie ließen sich diese Forderungen bestreiten? — so unterliegt auch keinem Zweifel, daß das richterliche rechtskräftige Urtheil, so weit es sich in den Grenzen der Gesetze und der richterlichen Competenz gehalten hat, auch seine ungehinderte Vollziehung [122]) in Strafsachen gegen Staats- und Kirchendiener erhalten muß; also namentlich in Ansehung der

122) Vgl. Pfeiffer a. a. O. S. 270 ff.

erkannten Strafen, wenn nicht Begnadigung erfolgt. Dagegen läßt sich noch die Frage erheben, ob der Verwaltung, wenn aus dem richterlichen Urtheil selbst keine dem Angeschuldigten nachtheilige Folge für dessen Dienstverhältniß fließt, nichts destoweniger noch das Recht zustehe, von ihren Disciplinarbefugnissen im Interesse des Dienstes Gebrauch zu machen? Die Frage ist um so wichtiger, weil man nicht selten aus dem Munde der Verwaltungsbeamten die Klage hört, daß die Richter das Verfahren der Staatsdiener häufig aus unrichtigen Gesichtspunkten, namentlich oft viel zu gelinde beurtheilten u. dgl. mehr, und leider haben solche Klagen durch den vorherrschenden Einfluß der Verwaltung oder des politischen Elements selbst bei der gesetzgebenden Gewalt hin und wieder Eingang gefunden. Bei einer unparteiischen Erörterung der obigen Frage muß man jedenfalls die zwei Fälle unterscheiden: 1) Das Gericht hat den angeschuldigten Staatsdiener von aller Strafe gänzlich oder vorläufig freigesprochen. Hierin liegt genau genommen nur die Erklärung, daß dem Angeschuldigten nach dem bisherigen Ergebniß Nichts, wenigstens für jetzt noch Nichts zur Last falle, was zur Verhängung einer gesetzlichen Strafe, also einer öffentlichen Genugthuung, berechtigen könne. Darnach kann aber schwerlich geläugnet werden, daß, wenn das Benehmen des Staatsdieners wenigstens aus dem Gesichtspunkte der Disciplin die Anwendung einer Disciplinarmaaßregel rechtfertigen mag, den Rechten der Verwaltung in dieser Beziehung durch das richterliche Urtheil nicht präjudicirt werde, es müßten denn den Gerichten die Disciplinarbefugnisse mit übertragen seyn, wie z. B. in Preußen der Fall ist, denn alsdann würde das Urtheil über die

Straffälligkeit des Angeschuldigten in jeder Beziehung entscheidende Kraft haben [123]).

Was insbesondre den Kirchendienst betrifft, so hat die Kirche von Alters her [124]) das Princip aufgestellt, daß die Ausübung der kirchlichen Disciplin von dem weltlichen Strafamt unabhängig sey, und auch ein völlig freisprechendes Urtheil dieselbe nicht hindern könne [125]).

Der zweite Fall ist, das Gericht hat den eines Verbrechens angeklagten Staatsdiener zwar mit Strafe, jedoch nicht mit einer Strafe am Dienst und namentlich

---

123) So heißt es namentlich noch in der k. pr. Cab.-Ordre vom 21. Febr. 1825 über die Entsetzung der Staatsdiener, daß es bei dem Staatsministerium stehe, statt des eignen alleinigen Beschlusses die Entscheidung noch lediglich von dem Urtheil des Richters abhängig zu machen. Anders freilich bei Kirchen- und Schuldienern, davon nachher. Auch heißt es in der Cab.-Ordre vom 28. Febr. 1806. §. 11. wegen des Schuldenmachens der Staatsdiener und Pensionisten, daß, wenn der Angeschuldigte nur vorläufig freigesprochen worden, dennoch bei dem Könige auf Dienstentlassung, Versetzung, resp. Pensionsverlust angetragen werden könne. — Was diejenigen Staaten betrifft, wo eine schärfere Trennung zwischen Justiz und Dienstdisciplin besteht, so findet sich in den betreffenden allgemeinen Gesetzen, soviel dem Verf. bekannt ist, keine genauere Entscheidung der obigen Frage; nur das großherzogl. hess. Gesetz vom 9. März 1824. §. 7. sagt, daß, wenn das Gericht in einer Untersuchung wider Staatsdiener die Sache blos zu einer Disciplinarstrafe angethan finde, dasselbe die Sache an die Verwaltung zu verweisen habe. Vgl. auch badische Dienstpragm. §. 16. Wie aber, wenn es dies nicht gethan, sondern pure absolvirt hat?

124) Vgl. van Espen J. Eccles. P. III. tit. 4. c. 1. n. 14. und den dort angeführten Morinus; auch Carpzov Jpr. Conf. III. def. 94. n. 7. Leyser sp. 650. n. 47.

125) Diese Maxime befolgt auch die k. pr. Cab.-Ordre vom 12. April 1822, und zwar nicht blos in Ansehung der Geistlichen, sondern auch mit Ausdehnung auf Jugendlehrer.

nicht mit Dienstentsetzung belegt; der Verwaltung erscheint aber solches im Interesse des Staatsdienstes ungenügend. Hier fällt es gewiß schwer, ein weiteres Einschreiten der Verwaltung unbedingt recht und billig zu finden, wie sehr man auch die Selbstständigkeit derselben gegen die Justiz in Schutz nehmen mag. Das richterliche Urtheil — also auch ein Act der Staatsgewalt — erklärt die ausgesprochene Strafe für gesetzlich zureichend. Eine Verstärkung derselben durch andre Nachtheile, die nicht nothwendig oder nach der Natur der Sache aus der Strafe folgen, und vorzüglich durch solche Nachtheile, die ebenfalls dem Strafsystem angehören, wie es selbst mit den meisten niedern Disciplinarmitteln doch in effectu der Fall ist, widerspricht den bisher angenommenen Grundsätzen des Rechts [126]) und der natürlichen Billigkeit. Zwar wird sich der Verwaltung nicht die Befugniß bestreiten lassen, auf die Besserung des straffälligen Individuums für die Zukunft hinzuwirken, allein es ist zu erwägen, daß die Strafe selbst schon eine solche Wirkung naturgemäß hervorbringen kann [127]), und höchstens würde man sich also auf Ermahnungen beschränken müssen, es müßte denn die erkannte Strafe unter den vorwaltenden Umständen offenbar jene Wirkung nicht haben können, oder wahrscheinlich verfehlen. Außerdem kann der Verwaltung nur noch freistehen, von dem ihr etwa verfassungsmäßig oder herkömmlich zustehenden Recht der Auflösung des Dienstverhältnisses aus unbestimmten Gründen, also, wenn man nach gemeinem Recht entscheiden will, mit

126) Arg. l. 23. C. de poenis.

127) Rossi traité de droit pénal. III. p. 79 f.

Belassung des Diensteinkommens oder mit der gesetzlichen Pension Gebrauch zu machen. Daß sie aber auch befugt seyn sollte, das Dienstverhältniß wegen nicht erfüllter Voraussetzungen und Verpflichtungen durch die Civilgerichte für aufgelöst erklären zu lassen, wie z. B. Pfeiffer [128]) annimmt, möchte schwerlich so allgemein, sondern nur alsdann behauptet werden können, wenn der Criminalrichter nach dem ihm vorliegenden bestimmten Strafgesetz auf eine Dienststrafe nicht erkennen durfte. Denn durfte er es, er fand aber keine rechtliche Veranlassung dazu, so ist aus seinem Urtheil auch zugleich über den Einfluß des Delicts auf das Dienstverhältniß rechtlich entschieden und gleichsam transigirt, und jeder im Staat, so wie dieser selbst, muß sich dem unterwerfen. Durfte es aber der Criminalrichter nicht, weil er an ein bestimmtes Strafgesetz gebunden war, so ist das Verhältniß dabei ganz außer Betracht geblieben, und es kann dann allerdings noch die Auflösung des Dienstverhältnisses aus den etwa vorliegenden Gründen besonders zur Sprache gebracht werden [129]).

Was die Kirchendiener betrifft, so erkennt das canonische Recht ebenfalls als Princip an, daß Niemand wegen desselben Vergehens zweimal Strafe erleiden

---

128) a. a. O. S. 434 ff.

129) So kann auch nach dem französischen Org.-Ges. vom 20. April 1810. Art. 59. jeder Richter, wider den eine selbst nur polizeiliche Verurtheilung ausgesprochen ist, noch im Disciplinarwege suspendirt oder destituirt werden. Vgl. auch Merlin Rep. univ. Additions T. XV. m. notaire. Wo Justiz und Verwaltung von einander nicht getrennt sind, können dergleichen Fragen nicht vorkommen.

nicht mit Dienstentsetzung belegt; der Verwaltung erscheint aber solches im Interesse des Staatsdienstes ungenügend. Hier fällt es gewiß schwer, ein weiteres Einschreiten der Verwaltung unbedingt recht und billig zu finden, wie sehr man auch die Selbstständigkeit derselben gegen die Justiz in Schutz nehmen mag. Das richterliche Urtheil — also auch ein Act der Staatsgewalt — erklärt die ausgesprochene Strafe für gesetzlich zureichend. Eine Verstärkung derselben durch andre Nachtheile, die nicht nothwendig oder nach der Natur der Sache aus der Strafe folgen, und vorzüglich durch solche Nachtheile, die ebenfalls dem Strafsystem angehören, wie es selbst mit den meisten niedern Disciplinarmitteln doch in effectu der Fall ist, widerspricht den bisher angenommenen Grundsätzen des Rechts [126]) und der natürlichen Billigkeit. Zwar wird sich der Verwaltung nicht die Befugniß bestreiten lassen, auf die Besserung des straffälligen Individuums für die Zukunft hinzuwirken, allein es ist zu erwägen, daß die Strafe selbst schon eine solche Wirkung naturgemäß hervorbringen kann [127]), und höchstens würde man sich also auf Ermahnungen beschränken müssen, es müßte denn die erkannte Strafe unter den vorwaltenden Umständen offenbar jene Wirkung nicht haben können, oder wahrscheinlich verfehlen. Außerdem kann der Verwaltung nur noch freistehen, von dem ihr etwa verfassungsmäßig oder herkömmlich zustehenden Recht der Auflösung des Dienstverhältnisses aus unbestimmten Gründen, also, wenn man nach gemeinem Recht entscheiden will, mit

126) Arg. l. 23. C. de poenis.

127) Rossi traité de droit pénal. III. p. 79 f.

Belassung des Diensteinkommens oder mit der gesetzlichen Pension Gebrauch zu machen. Daß sie aber auch befugt seyn sollte, das Dienstverhältniß wegen nicht erfüllter Voraussetzungen und Verpflichtungen durch die Civilgerichte für aufgelöst erklären zu lassen, wie z. B. Pfeiffer [128]) annimmt, möchte schwerlich so allgemein, sondern nur alsdann behauptet werden können, wenn der Criminalrichter nach dem ihm vorliegenden bestimmten Strafgesetz auf eine Dienststrafe nicht erkennen durfte. Denn durfte er es, er fand aber keine rechtliche Veranlassung dazu, so ist aus seinem Urtheil auch zugleich über den Einfluß des Delicts auf das Dienstverhältniß rechtlich entschieden und gleichsam transigirt, und jeder im Staat, so wie dieser selbst, muß sich dem unterwerfen. Durfte es aber der Criminalrichter nicht, weil er an ein bestimmtes Strafgesetz gebunden war, so ist das Verhältniß dabei ganz außer Betracht geblieben, und es kann dann allerdings noch die Auflösung des Dienstverhältnisses aus den etwa vorliegenden Gründen besonders zur Sprache gebracht werden [129]).

Was die Kirchendiener betrifft, so erkennt das canonische Recht ebenfalls als Princip an, daß Niemand wegen desselben Vergehens zweimal Strafe erleiden

---

128) a. a. O. S. 434 ff.

129) So kann auch nach dem französischen Org.-Ges. vom 20. April 1810. Art. 59. jeder Richter, wider den eine selbst nur polizeiliche Verurtheilung ausgesprochen ist, noch im Disciplinarwege suspendirt oder destituirt werden. Vgl. auch Merlin Rep. univ. Additions T. XV. m. *notaire*. Wo Justiz und Verwaltung von einander nicht getrennt sind, können dergleichen Fragen nicht vorkommen.

dürfe [130]); und es ist unläugbar, daß der größere Theil der im gedachten Recht anerkannten Censuren die Natur wirklicher Strafen angenommen habe [131]). Diese müssen also wegfallen; denn ob sie der weltliche oder geistliche Richter erkennt, kann in effectu keinen Unterschied machen. Demnach würden nur Ermahnungen und Bußübungen [132]) noch mit der weltlichen Strafe verträglich seyn. Außerdem muß freilich auch der Kirche, wo sie ihre natürliche Unabhängigkeit genießt, das Recht zustehen, die Anwendung des nöthigen Reinigungsmittels einer Ver- oder Entsetzung, ungeachtet der sonst erkannten weltlichen Strafe, zu veranlassen. Denn wenn Kirche und Staat geschiedene Ordnungen, jede mit eigner Gewalt, sind, so kann auch der Act der einen kein Präjudiz der andern bringen, so weit nicht Billigkeit die Anwendung der doppelten Gewalt ausschließt.

Ist der Criminalrichter zufällig auch die Dienstbehörde eines angeschuldigten Staatsdieners, so muß die Frage, ob er mit der Strafe des Verbrechers noch ein Disciplinarmittel verbinden dürfe, ganz nach denselben Grundsätzen entschieden werden, welche vorhin auf den Fall getrennter Function vorgetragen sind; denn was bei geschiedenen Functionen nicht Rechtens ist, kann es auch durch eine persönliche Vereinigung nicht werden. Indeß würde eine solche Behörde bei völlig freigegebener Strafbestimmung zugleich eine Dienst- und gemeine

130) C. c. 12. D. 81. c. 4. X. de judic. Vgl. Boehmer J. E. P. V, 57. §. 55.

131) Boehmer l. c. §. 52.

132) In dieser Hinsicht würde sich auch der von Boehmer l. c. gerügte Widerspruch bei Carpzov. Jpr. Conf. III. def. 73. n. 5. u. def. 94. n. 5 sqq. einigermaßen heben.

Strafe mit dem gehörigen temperamentum allerdings aussprechen können [133]).

§. 21.

Disciplinarverfahren.

a) Competenz.

Wir haben oben die Fälle und Mittel der Dienstdisciplin in zwei Grade eingetheilt; dieselbe Eintheilung wird auch förderlich seyn, um die Competenzfrage zu entscheiden.

Alle im Verhalten des Staatsdieners liegende Gründe, welche vorerst nur die Anwendung von Besserungs- und Zuchtmitteln nöthig machen, und diese Anwendung selbst, gehören zur Cognition und Verfügung der Verwaltungsbehörden; es ist dies eine Attribution, die aus der Herrendienstgewalt fließt, gleichwie das Züchtigungsrecht des Familienvaters aus der hausväterlichen Gewalt; es ist ein Privatrecht des Staats, dem sich der Diener bei Eingehung des Dienstverhältnisses stillschweigend unterwirft, kein allgemeines Recht der ganzen Staatsgemeinde, wie das Strafrecht.

Dahingegen ist die Frage: ob ein Staatsdiener die Voraussetzungen und Bedingungen, unter welchen ihm das Amt übertragen ward, nicht erfüllt habe, so daß nun der Staat berechtigt sey, das bestehende Dienstverhältniß gänzlich aufzuheben, oder doch das jetzige zu verändern — lediglich eine Justizsache, und zwar an sich eine Sache der Civiljustiz; denn die Frage betrifft die rechtmäßige Auflösung, wenn auch nicht eines Ver-

133) Vgl. oben §. 5. not. 36.

trags, doch gewiß eines bona fide eingegangenen Quasi-contracts, und dies ist eben so sehr causa civilis, als die Entfernung eines Tutors oder Curators propter suspiciones, so lange das Verfahren derselben nicht zu einer criminellen Ahndung geeignet ist [154]).

Vielleicht findet man diese Ansicht um deßwillen auffallend, weil man gewohnt ist, Dienstentsetzungen und Degradationen nur durch den Criminalrichter ausgesprochen zu sehen; erwägt man jedoch, daß derselbe nur auf den Grund eines Strafgesetzes verfahren und erkennen darf, und daß also auch zu seiner Competenz nicht gehört, die Folgen von Handlungen, die an sich keine Verbrechen sind, zu bestimmen; daß endlich in der That eine reine civilrechtliche Frage vorliegt: so muß die aufgestellte Ansicht ihre Richtigkeit haben, und würde sie auch von uns jetzt zum Ersten Mal vorgetragen [155]). Indessen ist sie keineswegs so neu; denn in Frankreich werden z. B. die Notarien, welche sich Dienstwidrigkeiten zu Schulden kommen lassen, im Disciplinarwege auf den Antrag des öffentlichen Ministeriums oder der Civilpartei auch nur vor die Civiltribunäle zum Behuf ihrer Destitution (freilich auch schon der bloßen Suspension) gestellt. Uebrigens ist der ganze Punkt von nicht geringer Erheblichkeit, denn die Competenz hat auch Einfluß auf das Verfahren und die ganze Behandlung des zur Rechtfertigung Vorgeforderten. Will man aber einmal ausnahmsweise auch dem Criminalrichter

---

154) Vgl. l. 1. §. f. l. 2. 3. §. 15. D. de suspect. tutor. S. auch des Verf. Beitrr. z. d. St. u. z. R. I. S. 151 f.

155) Selbst Pfeiffer neigt wohl a. a. O. S. 455 zu dieser Meinung hin.

dergleichen höhere Disciplinarsachen beilegen, so sollte er wenigstens die Ab- oder Versetzung nicht als Strafe aussprechen dürfen. Uebrigens versteht sich von selbst, daß der ganze Competenzstreit da wegfällt, wo Disciplinargewalt und Jurisdiction in einer Behörde vereinigt sind, z. B. bei den Consistorien vieler protestantischen Länder.

Mehrere neuere s. g. Dienstpragmatiken der deutschen Staaten bestätigen zum Theil die vorgetragenen Grundsätze, nur daß sie nicht die Competenzfrage zwischen Civil- und Criminalgerichten nach der obigen Ansicht entscheiden. Das kurhessische Staatsgesetz überläßt zwar die niedere Disciplin der Verwaltung, läßt dagegen in denen der höhern Disciplin allemal ein gerichtliches Strafverfahren eintreten (§. 47.). Nach der baierischen Dienstpragmatik von 1818 kann die Dienstentlassung oder Dimission eines Beamten mit dem Verlust des Dienstranges und Gesammtgehaltes nur nach vorhergegangener richterlicher Untersuchung durch Erkenntniß der „competenten Gerichtsbehörde" erfolgen [136]), worunter nach dem Strafgesetzbuch der Criminalrichter zu verstehen ist; der Verwaltung sind dagegen die niedern Disciplinarstrafen [137]) und außerdem nur noch Dimission oder (einstweilige) Quiescirung mit Belassung des Dienerstandes und Standesgehalts im administrativen Wege vorbehalten [138]). So können ferner nach der großherzogl. hessischen Dienstpragmatik Dienstentsetzungen nur durch richterliches Erkenntniß erfolgen [139]), während die niedern

156) §. 9.
157) §. 15.
158) §. 18. 19.
159) §. 22.

Disciplinarstrafen bis zur Suspension einschließlich der Verwaltung angehören. So ist es auch nach dem coburgschen Gesetz von 1821, nur daß nach zweimal vergeblich angewandter Suspension schon das Staatsministerium die Entsetzung aussprechen kann. Etwas weiter geht die badische Dienstpragmatik, indem sie der Verwaltung nicht allein die niedern Correctionsmittel, sondern außerdem auch das Recht der Versetzung in deterius und der Dienstentlassung im Administrationswege giebt. Nur die Dienstentsetzung (in poenam wegen Verbrechen) ist den Gerichten vorbehalten [140]). — Im Königreich Würtemberg können Staatsdiener, die ein Richteramt bekleiden, blos durch richterliches Erkenntniß ihrer Stellen entsetzt, degradirt oder suspendirt werden. Gleiches gilt von andern Staatsdienern bei Verbrechen oder gemeinen Vergehen derselben. Außerdem ist jedoch bei solchen nicht richterlichen Beamten wegen Fehler in der Disciplin und Unbrauchbarkeit dem König selbst auf Antrag der Behörde und nach gutachtlicher Vernehmung der obersten Justizstelle das Recht der Entlassung oder Degradation und Suspension mit Verlust des Amtsgehalts vorbehalten [141]).

In Preußen ist es so: Die Gerichte und Verwaltungsbehörden haben eine mehrfach concurrente Jurisdiction bei Disciplinar-Verbrechen oder Vergehungen, jene jedoch (nach dem Princip der Garantie) erst dann, wenn ihnen die Sache von der Verwaltung überwiesen wird. Selbst bei Beleidigungen, die ein Staatsdiener im Amte zugefügt hat, steht dem beleidigten Theil das

140) §. 1. 11 ff.

141) Verfassungs-Urk. IV. §. 46 ff.

Wahlrecht zu, entweder sofort sich an das Gericht zu wenden, oder die Sache dem Disciplinar-Administrativwege zu überlassen [142]). Dagegen können richterliche Beamte nur durch richterliches Erkenntniß ihrer Stellen entsetzt, oder sonst bestraft werden [143]). Im Uebrigen erstreckt sich die Competenz der Verwaltung (mit Einschluß der Justizstellen hinsichtlich ihrer Untergebenen) nicht blos auf die niedern Disciplinarmittel, sondern auf alle ohne Unterschied, selbst auf Dienstentlassung oder Degradation. Was die Geistlichen und Jugendlehrer anbetrifft, so haben die geistlichen Obern, Consistorien und Schulcommissionen blos die niedern Disciplinarbefugnisse, die höhern dagegen wenigstens nicht ohne Provocation [144]).

§. 22.

b) Verfahren.

Ueber das Verfahren in Disciplinarsachen fehlt es zwar für das gemeine Recht an speciellen positiven Bestimmungen, indeß haben auch hier schon Analogie [145]) und Praxis einen Weg gebahnt. Als Grundsatz ist aufzustellen, daß keine der sogenannten Disciplinarstrafen ohne genugsame causae cognitio vollstreckt werden dürfe, und daß wenigstens dem Staats- oder Kirchendiener allemal das Gehör und Vertheidigung dagegen zu gestatten sey [146]). Mit Recht wendet man daher

142) Anh. z. A. G, O. §. 256.

143) A. L. R. II, 17. §. 99.

144) A. L. R. II, 11. §. 124. 125. 550. 551. Ges. S. von 1817. S. 258. 241. 260. 279.

145) Hieher gehört namentlich die accusatio suspecti tutoris vel curatoris, welche nach dem römischen Recht im Wege einer cognitio praetoria erfolgte.

146) Vgl. l. 2. qu. 1. can. 15.

meist eine Art des summarischen Untersuchungsprozesses an, und dies ist selbst bei den Sachen der niedern Disciplin nach der Analogie unbedenklich, weil in der That die dahin gehörigen Correctionsmittel große Aehnlichkeit mit wirklichen Strafen haben. Was dagegen die Fälle der höhern Disciplin betrifft, so müßte zwar folgerichtig nach dem Obigen (§. 20.) behauptet werden, daß dabei das ordentliche Civilverfahren anzuwenden sey. Erwägt man jedoch, daß die Frage von der Auflösung eines bisher bestandenen Dienstverhältnisses offenbar eine Dringlichkeit der Entscheidung mit sich führt; daß dabei also unmöglich die Weitläufigkeiten und Förmlichkeiten des ordentlichen oder auch selbst des summarischen Civilverfahrens, welches so sehr in die Länge gezogen werden kann, zu gestatten seyn dürften; erwägt man überdies, daß es doch der nächste Zweck des Verfahrens ist, dem Staatsdiener eine wahrheitsgemäße Rechenschaft über sein bisheriges Benehmen abzufordern, wozu sich der Civilweg bei weitem weniger eignet: so kann man sich nur mit der gewöhnlichen Praxis befreunden, welche auch in den Fällen, wo es auf Degradation oder Absetzung ankommt, die Analogie des Criminalverfahrens, und zwar den summarischen Untersuchungsprozeß anwendet, wofür schließlich auch das canonische Recht und die Praxis der geistlichen Gerichte ist, indem hiernach unstreitig ein inquisitorisches Verfahren in solchen Fällen immer beobachtet worden ist und noch täglich beobachtet wird [147]). Jeden-

147) Denn das canonische Recht betrachtet die Absetzung als eine poena, wo also auch das Strafverfahren Statt finden muß. Vgl. J. H. Boehmer l. c. §. 105.

falls ist eine ordentliche causae cognitio durchaus erforderlich [148]) und der Angeschuldigte mit seiner Vertheidigung zu hören [149]), was mit dem summarischen Inquisitionsprozeß ziemlich auf Eins hinausläuft.

Der natürliche Gang des Verfahrens, wie er sich denn auch in der That in der Praxis findet, wird nach Unterschied der Fälle etwa dieser seyn:

1) Handelt es sich von geringen Dienstfehlern, die vielleicht nur Ermahnungen, Verweise oder minder bedeutende Geldbußen rechtfertigen, so kann sich die Dienstbehörde durch jede glaubhafte Nachricht, welche sie von dem Benehmen des untergeordneten Beamten erhält, schon autorisirt halten, ohne weitere Vernehmung desselben eins der gedachten Correctionsmittel zu verhängen, jedoch immer mit dem ausdrücklichen oder doch von selbst sich verstehenden Vorbehalt etwaniger Rechtfertigung [150]). Sollte die Thatsache selbst nicht außer Zweifel seyn, so muß nothwendig erst nähere Auskunft und Rechtfertigung gefordert werden.

2) Ist von höhern Correctionsmitteln — bedeutenden Geldbußen, Gefängniß oder gar Suspension — die Rede, so kann ohne gründlichere Untersuchung der Sache durch Einforderung amtlicher Berichte,

148) Reinking de regim. sec. et eccles. III, 2, 2. n. 14. Carpzov Jpr. Consist. III. def. III. n. 8.

149) Vgl. Cramer opusc. T. IV. p. 488. und das daselbst angeführte reichsgerichtliche Präjudicium.

150) Man denke an das römische Verfahren bei mulctis, z. B. si a sacris discesserit, wobei provocatio (d. h. nicht Appellation, sondern Berufung auf vollständiges Gehör) zulässig war. L. 244. D. de V. S.

Zeugenvernehmungen u. s. w. nicht dazu geschritten werden. Der Angeschuldigte ist förmlich vorzuladen, wenigstens schriftlich zu vernehmen (wenn nicht etwa das Vergehen unter den Augen der Disciplinarbehörde vorgefallen seyn sollte, wo es unstreitig an der Registrirung des Vorfalls genügt) und mit seiner Vertheidigung zu hören, auch bedarf es einer ordentlichen Bescheidsertheilung [151]).

3) Soll oder kann auf Dienstverlust (mit Einschluß der Versetzung in deterius) erkannt werden, so beobachtet man das summarische Inquisitionsverfahren [152]). Contumacia des Geladenen hindert in keinem Fall jure communi das Erkenntniß [153]).

Ist die competente Behörde ein Gericht oder mit wirklicher Jurisdiction versehen, so hat das Verfahren keine eigenthümlichen Schwierigkeiten; ist aber solches nicht der Fall, so entsteht die Frage: Wie wird die Glaubwürdigkeit der Verhandlungen gesichert? Kann die Dienstbehörde, welche keine richterliche Gewalt an sich hat, eidliche Zeugnisse erfordern? — Was das Erstere betrifft, so läßt sich wohl keine andere Antwort darauf geben, als die, daß die Behörde bei den Disciplinaruntersuchungen überhaupt nur die nämlichen Formen zu beobachten habe, die sie gewöhnlich in ihrem Ressort befolgt; denn wenn sie einmal eine gewisse Attribution hat, so muß sie auch befugt seyn, durch die ihr überhaupt

151) Arg. c. 5. C. 15. qu. 7. can. 6. C. 24. qu. 3 c. 1. 13. S. auch Sauter fundam. jur. eccl. §. 1196.

152) Nach Analogie der accusatio suspecti tutoris oder curatoris.

153) Arg. l. 5. pr. D. de poenis u. l. 21. C. eod.

zu Gebot stehenden Mittel selbe zu realisiren [154]). Anlangend hingegen das Aufnehmen eidlicher Zeugnisse, so hat, wenigstens nach gemeinem Recht, nur der Richter die Befugniß, zum Zeugniß, mithin auch zum eidlichen zu zwingen; die Verwaltungsbehörde wird sich also darauf beschränken müssen, entweder von ihren Beamten eid- und pflichtgemäße Berichte und Angaben einzufordern, auch wohl freiwillige eidliche Zeugnisse aufzunehmen, event. selbige durch Requisition der Gerichte zu erlangen zu suchen. — Von einer Verhaftung des Angeschuldigten während der Untersuchung kann wenigstens in Sachen der niedern Disciplin kaum die Rede seyn, und selbst nicht in denen der höhern, so lange es nicht etwa zweifelhaft ist, ob vielleicht ein wirkliches, schwerer zu ahndendes Verbrechen begangen sey; wohl aber würde bei bevorstehender Absetzung eine provisorische Suspension ab officio rechtmäßig eintreten können, vorzüglich wenn ein öffentliches Aergerniß oder ein sonstiger Nachtheil aus der fernern Belassung des Dieners für das öffentliche Interesse zu besorgen wäre [155]). — Daß kein vollständiger juristischer Beweis oder keine vollständige Ueberführung des Angeschuldigten geradezu erforderlich sey, um gegen denselben eine Disciplinarmaaßregel eintreten zu lassen, ist eine schwerlich ganz gegründete Behauptung. Sollte z. B. ein Staats- oder Kir-

154) Es versteht sich, daß die Administrativ-Verhandlungen an Beweiskraft den gerichtlichen darum noch nicht gleichgesetzt, d. h. daß sie nicht auch bei den Gerichten wie gerichtliche Urkunden zum Criminalbeweise gebraucht werden können.

155) Vgl. Carpzov Jpr. Consist. III. def. 15. n. 5 sqq. und arg. l. 7. C. de suspect. tutor. vel. curator.

chendiener nur eines bestimmten groben Versehens in seinen Amtspflichten angeschuldigt seyn, so läßt sich nicht absehen, warum nicht zur Verhängung der entsprechenden Disciplinarmaaßregel vollständige Ueberzeugung an der Schuld des Denuncianten erforderlich seyn solle. Auch das canonische Recht verlangt zur Verhängung von Censuren ordentlichen Beweis [156]), wozu aber allerdings der Indicienbeweis mit zu rechnen ist. Dagegen läßt sich denken, daß wider einen Staats- oder Kirchendiener zwar nicht der Beweis bestimmter dienstwidriger Handlungen geführt werden könnte, wohl aber aus allen Umständen und Ausmittelungen soviel hervorginge, daß der Angestellte viel zu wenig auf sein Benehmen geachtet, daß er leichtsinnig gehandelt und wenigstens den Schein einer dienstwidrigen Lebens- oder Handelsweise gegen sich erweckt habe, und kein Zweifel, daß auch dies schon zur Anwendung von Disciplinarmaaßregeln, selbst der härtesten, namentlich in gewissen Kategorieen, ganz besonders im Kirchen- und Schuldienst berechtigen könne, wo Reinheit der Sitten, Untadelhaftigkeit des Lebens und Aufmerksamkeit auf sich selbst erste Bedingung der Anstellung ist [157]). Doch wird hier billiger Weise bei einem nicht ganz befleckten, zum öffentlichen Aergerniß gewordenen Ruf allerdings erst die Stufenfolge der niedern Correctionsmittel, d. h. eine zum wenigsten dreifache Ermahnung vorangegangen seyn müssen. — Gegen das Erkenntniß der Adminastrativbehörde können übrigens selbstverstanden die ordentlichen Rechtsmittel

156) S. can. 13. C. II. qu. 1. can. 5. C. 15. qu. 7.

157) Martin Rechtsgutachten u. s. w. S. 530.

tel niemals zustehen [158]), sondern höchstens eine Beschwerde im Verwaltungswege bei der vorgesetzten Instanz und außerdem eine gerichtliche Nullitätsklage wegen Incompetenz oder verletzter Formen [159]), während natürlich, wenn eine Gerichtsbehörde als solche nach förmlicher Untersuchung das Urtheil gesprochen hat, dagegen die gewöhnlichen Rechtsmittel, wie im Untersuchungsprocesse, zustehen müssen.

§. 23.

Fortsetzung. — Neuere Verfassungen.

Am nächsten stimmt mit den vorgetragenen Grundsätzen die baiersche Civildienstpragmatik überein, wonach die erste Disciplinarstrafe (Verweis) ohne alle Förmlichkeiten Statt findet. Die zweite und dritte (Geldbuße und Arrest) fordert schriftliche Vernehmung des fehlenden Dieners und collegiale Berathung auf schriftlichen Vortrag. Ueber jede Strafverfügung ist eine schriftliche Ausfertigung, die den Grund angeben muß, dem Straffälligen zuzustellen. Gegen die Strafverfügung findet binnen 3 Tagen ein Recurs zur vorgesetzten Behörde resp. zum Staatsrath Statt [160]). Ueber das richterliche Verfahren bei Dienstversetzungen erklärt sich dasselbe Gesetz zwar nicht näher, allein nach dem Strafgesetzbuch bedarf es dazu der Einleitung einer

158) S. schon l. 5. C. quorum app. non recip. (ibique gloss.) Vgl. Gönner Handb. des Proz. Bd. II Abh. 61. §. 3.

159) Arg. der P. G. O. von 1555. II, 28. 5. u. l. 5. C. quando provoc. non est nec. Vgl. Pfeiffer a. a. O. S. 404.

160) §. 14. 15.

förmlichen Untersuchung. Aehnliche Dispositionen enthält das coburgsche Gesetz [161]). — Das kurhessische schreibt bei Besserungsversuchen blos schriftliche Bekundung der Anwendung vor (§. 44.); dagegen aber in allen schwerern Fällen, wie schon gedacht, ein wirkliches Strafverfahren. — Nach der großherzogl. hessischen Dienstpragmatik hat das einem Staatsdiener vorgesetzte Collegium wegen Amtsverletzungen das Recht zur Untersuchung und selbst zur Forderung eidlicher Zeugnisse, worauf dann entweder die Verhängung einer administrativen Disciplinarstrafe oder bei schwerern Vergehungen die Stellung vor Gericht verfügt wird [162]). — Die badische Dienstpragmatik verlangt vor der Anwendung eines jeden Correctionsmittels die Vernehmung des Beschuldigten, und wenn es auf Dienstentlassung oder Versetzung in deterius ankommt, eine schriftliche Vertheidigung [163]). — Nach der preuß. Verfassung sind zuvörderst die Fälle, welche bloße Zurechtweisungen und Ordnungsstrafen in Gelde nach sich ziehen können, von allen denjenigen zu unterscheiden, welche nach den oben angeführten §§ des A. L. für wirkliche Verbrechen oder Vergehen erklärt sind. Bei jenen steht schon den vorgesetzten Dienstbehörden und resp. den Präsidien das jus animadversionis mulctaeve infligendae zu, ohne daß darüber ein besonderes Verfahren vorgeschrieben ist. Gegen Subalternen in der Justizpartie kann sogar Gefängniß auf diese Weise zur Anwendung gebracht wer-

161) §. 22.

162) §. 25 — 26.

163) §. 11. 14.

den [164]). In allen übrigen Fällen haben die Verwaltungsbehörden das Recht, eine außergerichtliche Untersuchung einzuleiten, und allenfalls schon den ihnen untergeordneten Officianten ab officio zu suspendiren [165]). Doch können sie auch nach vorheriger Genehmigung des Ministerii den Angeschuldigten an die Gerichte verweisen [166]), und diese leiten alsdann das einschlagende fiscalische oder Criminal-Verfahren ein. Nur wenn es auf Dienstentlassung oder Degradation ankommt, müssen die Verwaltungsbehörden die Sachen vollständig instruiren [167]), dabei auch die Zeugen eidlich vernehmen oder durch ein Gericht vernehmen lassen [168]), den Beschuldigten mit seiner Vertheidigung hören und dann die Acten dem vorgesetzten Ministerium zur weitern Beschlußnahme des Staatsministeriums, resp. des Staatsraths und des Königs einsenden. Steuer- u. Zollbeamte, mit Ausnahme der Steuerräthe und Oberinspectoren, kann schon das Finanzministerium nach vorheriger summarischer Untersuchung, wobei eine Gerichtsperson zuzuziehen ist, degradiren [169]). Bei Vergehungen der Justizbedienten gebührt in der Regel nach vorheriger summarischer Protocollar-Instruction dem Justizminister die weitere Bestimmung über das einzuleitende fernere Verfahren und die provisorische Sus-

164) Reg. Instr. von 1817. S. 273. 278. d. Ges.-S., A. G. O. Th. III. Tit. 1. §. 10. 11. Tit. 8. §. 6.

165) Ges.-S. a. a. O. S. 287.

166) Vgl. Geschäftsanweisung von 1825.

167) Cab.-Ordre v. 21. Febr. 1825.

168) Rescr. v. 31. Dec. 1830.

169) Cab.-Ordre v. 22. Nov. 1822.

pension [170]). Soll die Dienstentsetzung einer wirklichen richterlichen Person erfolgen, so bedarf es dazu eines ordentlichen s. g. fiscalischen Verfahrens [171]). Bei andern Justizbedienten tritt in dieser Beziehung das in der Cab.-Ordre v. 1822 vorgeschriebene Verfahren ein. — Wie gegen die Geistlichen bei geringern Disciplinarvorfällen verfahren werden soll, d. h. bis zu 20 Rthlr. Geldbuße oder 4 Wochen Gefängniß, ist nirgends vorgeschrieben; die geistlichen Gerichte würden dabei das abgekürzte fiscalische Verfahren [172]) zu beobachten haben. Außerdem haben die geistlichen Obern (Bischof und Consistorien) das Recht; 1) einem Geistlichen wegen schwerer Verschuldung seine Absetzung anzukündigen [173]), wogegen aber der Recurs an das Ministerium offen steht; 2) auf dessen Versetzung oder Amtsentsetzung bei dem Ministerium anzutragen. In diesem Fall, so wie auch in jenem, wenn Recurs ergriffen wird, hat die geistliche Oberbehörde die Sache (in ähnlicher Art wie bei Civildienern) zu instruiren und die Acten einzusenden, worauf das Ministerium, mit Vorbehalt des Recurses an den König, resp. mit dessen Genehmigung entscheidet [174]). Gleiches Verfahren findet bei der Ver- und Absetzung von Jugendlehrern Statt. Während der Dauer eines solchen Verfahrens kann auch schon vorläufige Suspension erfolgen.

---

170) Allg. Ger.-Ordn. III, 1, 20. 21; 2. §. 10; 7. §. 24.

171) A. G. O. Th. 2. Tit. 55. §. 54.

172) Anh. zur A. Ger. O. §. 255 ff.

173) A. L. R. II, 11. §. 532.

174) Cab.-Ordre vom 12. April 1822.

Im französischen Recht findet sich kein besonderer Disciplinarprozeß, außer gegen die gerichtlichen Beamten; denn alle übrigen sind bei ihrer prekären Anstellung von der Willkühr der vorgesetzten Behörden schlechterdings abhängig, woraus freilich nicht folgt, daß diese zu einer willkührlichen persönlichen Behandlung oder Bestrafung ihrer Untergebenen so befugt seyen, wie sie es im Allgemeinen, unter Auctorität der höchsten Gewalt zur Dienstentlassung sind. Was die gerichtlichen Beamten betrifft, so stehen die darüber ergangenen Regulative schwerlich in einem ganz harmonischen Zusammenhange, und man scheint oft bei dem nächstfolgenden neuern vergessen zu haben, was in einem frühern verordnet war, wie selbst der geh. Staatsrath Daniels, einer meiner verehrtesten Meister im Recht, anerkannte. Man darf deshalb nur das kaiserliche Decret vom 30. März 1808 und das Gesetz über die Justizorganisation vom 20. April 1810 unter einander vergleichen. Uebrigens findet man in diesen und in andern hier einschlagenden Gesetzen besondere Vorschriften über das Disciplinarverfahren gegen Richter, gegen Beamte des öffentlichen Ministeriums, gegen Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher, desgleichen gegen Anwälte und Notarien, weshalb es der Kürze wegen erlaubt seyn möge, auf die Artikel im Repertoire univ. von Merlin m. *Discipline, Chambre d'Avaués, Notaire,* (§. 8. u. 9.), *Huissier* (§. 1. n. 10.) aufmerksam zu machen. Am meisten bemerkenswerth und nachahmungswürdig dürfte die sociale Disciplinargewalt seyn, welche von den verschiedenen Corporationen der Anwälte und Notarien unter sich ausgeübt wird, wenn wir gleich diesen Einrichtungen, wie sich selbe bisher in

Frankreich finden, nicht eben schon einen hohen Grad von Vollkommenheit zugestehen können.

§. 24.

Schluß.

Aus dem Bisherigen geht zur Genüge hervor, wie schwankend größtentheils noch das Recht der Staatsdiener in criminalistischer und besonders disciplineller Hinsicht sey, und wie verschieden die Grundsätze, welche die neuern Staatsverfassungen befolgen. Zum Theil ist dies die Folge der erst in neuerer Zeit beliebten Trennung von Verwaltung und Justiz. Will man diese, wie es den Anschein hat, und wie es wohl auch ganz vernünftig ist, beibehalten, ohne darum eine besondere Administrativ-Justiz zu schaffen, die ein Unding ist; so möchten etwa folgende Vorschläge sich am meisten mit Gerechtigkeit und Billigkeit vereinigen, ohne mit der Politik des Staatsdienstes in Widerspruch zu treten.

I. Alle Staatsdiener sind der Disciplinargewalt der vorgesetzten Behörden insoweit unterworfen, daß dieselben wegen Dienstvergehungen, die keine Criminalstrafe begründen, gegen die Fehlenden Ermahnungen, Verweise, Geldbußen, gegen Subalternen auch Einsperrung in eine Correctionsstube, die kein öffentliches Gefängniß seyn darf, zur Anwendung bringen dürfen. Suspension (Interdiction) vom Dienst auf Zeit findet nur gegen patentirte Staatsdiener Statt (oben §. 1.), denn bei allen andern ist die Maaßregel zu sehr zum eignen Nachtheil des Staats, als daß es politisch seyn könnte, sie anzuwenden. Das Verfahren und die Grundsätze über die stufenweise Anwendung der Disciplinarmittel würden sicht aus

dem oben §. 18. u. 20. Vorgetragenen zu bestimmen seyn. Patentirte Staatsdiener, besonders die bei den Gerichten fungirenden, können auch füglich bei solchen Disciplinarvergehungen, die nicht bei den Gerichten selbst verübt oder entdeckt worden sind, einer genossenschaftlichen Disciplin unterworfen werden, doch gebietet hier die Politik, daß dies nur unter dem Vorsitz eines wirklichen Magistrats und mit Vorbehalt einer Revision zugelassen werde.

II. Hat sich ein Staatsdiener so sehr, oder so oft vergangen, daß seine Ver- oder Entsetzung rechtlich begründet ist (§. 13.), ohne daß gleichwohl ein Criminalverbrechen vorliegt, so muß er auf die Anklage der betreffenden Verwaltungsstelle vor den Civil-, oder wenn man will, Criminalrichter gestellt und zur Wechenschaft gezogen werden (§. 20.); dieser erkennt dann über die beantragte Reinigungsmaaßregel; findet er die Sache nicht dazu angethan, so überläßt er der Verwaltungsstelle die Anwendung des etwa geeigneten Correctionsmittels.

III. Hat sich ein Staatsdiener eines wirklichen Verbrechens, von welcher Art es sey, schuldig gemacht, so ist er ebenfalls vor das betreffende Criminalgericht zu stellen, die Verwaltungsbehörde aber muß zugleich adhäsivisch ihre etwanigen Anträge wegen Ver- oder Entsetzung machen, selbst auf den Fall, daß ein eigentliches Verbrechen dem Angeschuldigten nicht nachgewiesen werden möchte. Bei arbiträren Strafbestimmungen muß es dann dem Gerichte freistehen, nach Bewandtniß der Umstände entweder eine gemeine Strafe und Dienstentsetzung zugleich zu erkennen, oder es bei einer derselben zu belassen. Hiedurch

werden alle unangenehme Conflicte und Wiederholungen von Proceduren am beſten beſeitigt. Blos die Anwendung von Correctionsmitteln bleibt auch hier der Verwaltungsbehörde im Fall einer gänzlichen Freiſprechung von Strafe und von den Anträgen auf Entſetzung noch übrig, ſo wie die Dienſtentlaſſung mit Beibehaltung des ganzen Gehalts oder der geſetzlichen Penſion.

IV. Bei Kirchendienern iſt von dem Princip auszugehen, daß der Kirchengewalt allein die Verhängung von Beſſerungs- und Reinigungsmitteln zu überlaſſen ſey, ganz unabhängig von den Anſprüchen der Juſtiz und nur mit der Maaßgabe, 1) daß neben weltlichen Strafen nicht auch noch die Zufügung äußerlicher afflictiver Correctionsmittel Statt finden darf (§. 19 a. E.); 2) mit dem Vorbehalt des ſtaatshoheitlichen jus circa ſacra, jener oberſten Polizeigewalt, vermöge welcher der Staat nicht geſtatten kann, daß ein der bürgerlichen Geſellſchaft offenbar ſchädliches Subject in öffentlichen Functionen der Kirche beibehalten werde, eine Gewalt, die ſich jedoch nur auf hemmende, abwehrende Maaßregeln beſchränken muß.

Doch genug für eine Monographie, die vielleicht ſchon die Grenzen einer Abhandlung, wie das gegenwärtige Archiv geſtattet, überſchritten hat.

VII.

Revision

der

Lehre von dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit (crimen vis).

Von

Wächter.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. 1. Heft I. dieses Bandes.)

Leges Augusti.

(Fortsetzung.)

§. 15.

Auf den ersten Anblick möchte diese Ansicht etwas gewagt scheinen, und es fragt sich daher um so mehr wie konnte Justinian zu solchen Aenderungen kommen und wie läßt sich überhaupt diese Ansicht beweisen?

Wie Justinian zu den eben behaupteten Versetzungen und Interpolationen kommen konnte, ließe sich — die Richtigkeit meiner Ansicht über die ursprüngliche Bedeutung von vis publica einstweilen vorausgesetzt — leicht erklären. Zu seiner Zeit hatte sich, wie später gezeigt werden wird, der Unterschied zwischen vis publica und privata sehr verwischt. Denn einzelne Senatusconsulte und kaiserliche Verordnungen erstreckten nach und nach auf manche Fälle der vis privata die Strafe der lex Julia de vi publica, theils ordneten

sie für Fälle der vis Strafen an, die noch über die der vis publica hinausgingen, ohne dabei auf die Unterscheidung zwischen vis publica und privata Rücksicht zu nehmen, und für manche Fälle wurde auch dem Richter gestattet, nach seinem Ermessen bald die Strafe der vis publica, bald die der privata zu erkennen [1]). Justinian aber fand bei den Schriftstellern, die er für diese Lehre in seinen Pandekten und Institutionen benutzte, den Unterschied zwischen vis privata und publica noch sehr scharf ausgesprochen. Dabei war zu seiner Zeit dieser Unterschied nicht ganz aufgehoben, sondern nur vielfach verwischt. Er accommodirte also, da er ohnehin viel darein setzte, nicht „antiquitatis penitus contemtor" zu seyn [2]), das Neuere, so viel thunlich war, dem Aelteren, setzte, dem Geiste des Neueren gemäß, alle schwereren Fälle der vis, namentlich der vis armata, zur vis publica, und konnte dies auch in den Pandekten um so leichter thun, ohne irgend viel an den Fragmenten zu ändern, da er eben die ursprünglich von der vis privata handelnden Excerpte mit ihrem *eadem lege tenetur* etc. blos unter eine andere Rubrik zu stellen brauchte.

Bei dieser Versetzung blieben ihm dann für die vis privata blos einige Fälle der vis non armata übrig, und so konnte er dann wohl dazu kommen, den Unterschied in das Bewaffnetseyn zu setzen; wobei er aber freilich nicht bedachte, daß das Bewaffnetseyn keineswegs den wesentlichen Charakter seiner vis publica überhaupt bildete.

1) S. unten §. 18 u. 19.

2) S. z. B. c. VI, 30. (de jure delib.) const. ult. §. 15. VI, 58. (de legit. hered.) const. 14.

Was nun den Beweis für diese Verfahrungsart und für meine Ansicht überhaupt betrifft: so möchte ich ihn hauptsächlich in folgende Momente setzen:

1) Ein Hauptbeweisgrund ist die oben abgedruckte Stelle von Paulus. Wie soll diese Quelle, an deren Aechtheit zu zweifeln wir gar keinen Grund haben, sich anders als auf die angegebene Weise mit Stellen aus den Werken seiner Zeitgenossen vereinigen lassen? Zwar rechne ich allerdings außer dem von Paulus angeführten Falle der vis publica noch sieben andere Fälle zu derselben [3]). Allein hiegegen wird sich wohl nichts einwenden lassen. Denn daß in den Sentenzen von Paulus hier etwas fehlt, wurde oben (§. 13.) gezeigt, und so können und müssen wir dann wohl von dem Grundsatze ausgehen, daß Alles in der lex Julia de vi publica gestanden habe, was in den Pandekten bestimmt und mit solchen Worten, die auf den Gehalt der *lex* selbst sich beziehen, dieser lex zugeschrieben und nicht durch andere Zeugnisse der lex de vi privata zugewiesen wird.

Dieser Grundsatz nun führt gerade dahin, jene weiteren sieben Fälle in die lex Julia de vi publica aufzunehmen.

2) Einen zweiten Hauptbeweisgrund finde ich in den Pandekten selbst. Denn zum Glück hat hier Justinian nicht durchaus sorgfältig interpolirt. — Das prätorische Edict über das judicium vi bonorum raptorum ging ursprünglich auf Raub und Beschädigungen, welche vi hominibus *armatis* coactisve begangen wurden. Durch Interpretation wurde es zwar auch

3) S. §. 14.

auf Gewalt ohne Waffen und ohne homines coactos erstreckt [4]). Allein jedenfalls blieb der wichtigste Fall des Edicts der einer mit Waffen, oder mit homines coacti zugefügten Gewalt [5]), weßhalb auch der Pandektentitel vi bonorum raptorum hauptsächlich von dieser Gewalt handelt. In Beziehung auf dieses Edict nun sagt Ulpian (ad edict. LVI.) [6]). „Hoc edicto contra ea, quae vi committuntur, consulit praetor; nam si quis se vim passum docere possit, *publico judicio de vi* potest experiri, neque debet publico judicio privata actione praejudicari quidam putant: sed utilius visum est, quamvis praejudicium *Legi Juliae de vi privata* fiat, nihilominus tamen non esse denegandam actionem eligentibus privatam persecutionem."

Bedenkt man nun, daß der wichtigste Fall dieses Edicts die vis *armata* und hominibus coactis betraf; daß Ulpian in der unmittelbar darauf folgenden Stelle und in späteren gerade von homines *armati* spricht [7]): so mußte er die lex Julia de vi *privata*

4) S. hierüber vorzüglich v. Savigny Zeitschrift für geschichtliche Rechtswiss. Bd. V. S. 125 f. und Ph. Edu. Huschke Ciceronis orat. pro Tullio, quae extant, cum Commentar. in Im. G. Huschke analecta literar. Lipsi. 1826. p. 187 sq.

5) Mag man nun mit v. Savigny a. a. O. S. 127 f. annehmen, daß das *armatis* später im Edicte, um es zu verschärfen, weggelassen worden sey, oder dies mit Huschke l. c. p. 191 läugnen.

6) Dig. XLVII, 8. (vi bonor. rapt.) l. 2. §. 1.

7) D. l. c. §. 2. Dolo autem malo facere potest, quod edictum ait, non tantum is, qui rapit, sed et qui praecedente consilio ad hoc ipsum colligit homines *armatos*, ut *damnum det*, *bonave* rapiat. Ferner §. 7 eod.

offenbar auch auf die vis *armata* bezogen haben. Dies harmonirt nun zwar nicht mit dem Pandektentitel de vi publica, dagegen vollkommen mit dem, was Paulus in seinen Sentenzen sagt und mit meiner Ansicht. Raub gehörte nach dieser nicht zur vis publica, und auf Sachbeschädigungen gingen ebenfalls nicht die von mir zur vis publica gestellten Fälle. Die lex Julia de vi privata dagegen handelte nach Paulus von solchen Fällen, und so zeigt in Uebereinstimmung hiermit die Ulpianische Stelle augenscheinlich, daß nicht das Unbewaffnetseyn den Charakter der vis privata bildete, und daß die Fälle der l. 8. §. 2. 6. 6. l. 6. D. de vi publica zu seiner Zeit nicht zur vis publica gehören konnten, indem er sonst nothwendig in der oben angeführten Stelle auch die lex Julia de vi *publica* hätte nennen müssen. So dürfte daher diese l. 2. cit. einen wohl nicht zu widerlegenden Beweis für die behaupteten Justinianischen Versetzungen bilden [8]). Dieser Beweis wird auch noch

3) unterstützt, durch Cod. VIII, 4. (unde vi) const. 4. Hier sagt Diocletian ganz allgemein: „Si de possessione vi dejectus es, eum lege Julia vis privatae reum postulare potes." Auch hier hätte Diocletian doch wohl distinguiren, oder die vis negativ näher bestimmen müssen, wenn bewaffnetes Dejiciren

8) Justinian hätte freilich in dieser Stelle nothwendig interpoliren sollen, da sie in directem Widerspruch mit dem 6ten Titel des 48sten Buchs der Pandekten steht. Sollte aber nicht dafür, daß er in diesen Titel Manches versetzte, was ursprünglich nicht zu demselben gehörte, auch noch gerade der Umstand sprechen, daß jene Stelle im 47sten Buche steht, und seine Commission sie in dasselbe setzte, ehe sie an die Versetzungen im 48sten Buche kam?

zur vis publica gehört hätte, dies um so mehr, als gerade dieses Dejiciren selten ohne Waffen vorkommen wird, da die Römer einen so weiten Begriff von Waffen zu Grunde legten [9]), und daher hier auch immer gleich und zunächst an Waffen dachten [10]).

Nach der oben aufgestellten Ansicht konnte aber Diocletian unbedingt von vis *privata* sprechen, weil nach ihr das dejicere de possessione in keinem Falle zur publica vis gehören konnte.

4) Zu allem diesen kommt noch das Zeugniß eines Schriftstellers, der, wie man aus andern Nachrichten weiß, welche er uns giebt, unmittelbar aus echten vorjustinianischen Quellen schöpfte. Dieser führt gerade bewaffnete Gewalt als Hauptfall der *vis privata* an. Isidorus sagt nämlich in seinen origines (V, 26.): vis *privata* est, si quisquam ante judicium *armatis* hominibus quenquam a suo dejecerit vel expugnaverit. Vis publica est, si quis civem ante populum, vel judicem vel regem appellantem necaverit, aut torserit, sive verberaverit vel vinxerit."

5) Als unterstützende Momente für die behauptete Justinianische Translocation wird man, wenn die ange-

9) D. de vi publ. l. 7. Armatos non utique eos intelligere debemus, qui tela habuerunt, sed etiam *quid aliud, quod nocere potest.* l. 11. §. 1. eod. Telorum appellatione *omnia, ex quibus saluti hominis noceri possit*, accipiuntur. Jeder Stock, jedes Holz, Eisen u. s. w., jeder Stein, den man bei der Gewalt aufgriff, um die Gewalt anzuwenden oder fortzusetzen, machten sie schon zu einer vis armata. D. XLIII, 16. (de vi) l. 3. §. 2—5. Inst. IV, 18. (de publ. jud.) §. 5.

10) Paulus Sentent. V, 6. §. 4. D. XLIII, 16. (de vi) l. 1. §. 27. l. 3 pr. §. 2—21.

führten Beweisgründe noch solcher bedürfen sollten, wohl auch anführen können, daß diejenigen Fragmente in dem Pandektentitel de vi publica, welche nach meiner Ansicht Justinian von der vis privata in die publica transferirt haben müßte, gerade auch ziemlich bestimmte Spuren einer, nicht einmal gehörig bedachten, Translocation an sich tragen. Man nehme einmal z. B. nur die l. 10. jenes Titels. Diese fährt nach den oben §. 14. in der Note 5. abgedruckten Worten so fort: qui ludos pecuniamve ab aliquo invito polliceri publice privatimve per injuriam exegerit; item qui cum telo dolo malo in concione fuerit, aut ubi judicium exercebitur. *Exceptus est, qui propter venationem habeat homines, qui cum bestiis pugnent, ministrosve* [ministros enim Gell.] *ad ea habere conceditur.* §. 1. Hac lege tenetur et qui convocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur et pulsetur neque homo occisus sit. §. 2. Damnato de vi publica aqua et igni interdicitur.

Daß Ulpian, aus welchem die Stelle ist, so nicht geschrieben haben kann, ist augenscheinlich. Denn das „exceptus est — conceditur" paßt ja nicht im Geringsten zum Vorhergehenden, sondern bezieht sich auf etwas völlig Anderes, nämlich auf das in der l. 8. pr. enthaltene Verbot (servos aut liberos homines in armis habere). Sollte man daher nicht vermuthen dürfen, daß Ulpians Stelle bis „exercebitur" von der vis publica handelte, daß er dann zur vis privata überging und hier gerade das „qui servos aut liberos homines in armis habuerint" anführte, sodann das exceptus est etc. beifügte, bis „occisus

si" fortfuhr, und am Ende von der Strafe der vis publica und privata sprach? und daß Justinian hier nur nachlässig excerpirte und transferirte? Durch diese Nachlässigkeit erklärt es sich auch, wie Justinian in dieser Stelle das „convocatis hominibus vim facere, quo quis verberetur" zur vis publica setzen konnte, während er es in D. ad l. Jul. de vi privata l. 2. ganz mit denselben Worten zur vis *privata* zählt, ohne dort der Waffen, oder hier des Mangels der Waffen irgend zu erwähnen.

Man fand dies von jeher auffallend, und deshalb wollten Manche in der ersten Stelle ein armatisque hineinsetzen. Andere, wie z. B. schon Matthaeus de crim. ad l. 47. tit. 4. cap. 3. §. 2. und später auch Cropp praecept. jur. R. crim. primendum conat. delinq. sect. II. p. 51. und nach ihm viele Neuere, hatten beide Stellen unverändert für ächt, und wollen den Umstand, daß hiernach dasselbe Factum unter beide leges gestellt ist, durch das Bestreben der Römer erklären, den Anklägern durch freie Wahl der quaestio die Anklage zu erleichtern. Als Beweis hiefür führt man dann noch ganz besonders an D. XLVIII, 19 (de poen.) l. 32. (Ulpian. ad edict. VI.) „Si praeses vel judex ita interlocutus sit: vim fecisti: si quidem ex interdicto, non erit notatus, nec poena legis Juliae sequetur; si vero ex crimine, aliud est. Quid si non distinxerit Praeses, utrum Julia publicorum, an Julia privatorum? tunc ex crimine erit aestimandum. *Sed si utriusque legis crimina objecta sunt*, mitior lex, id est privatorum erit sequenda. Allein jener Annahme steht sehr viel entgegen. Einestheils ist gar nicht erwiesen, daß

im

im Prozessualischen — und hierin allein könnte eine Erleichterung für den Ankläger liegen — die lex de vi privata von der lex de vi publica abwich, vielmehr ist gerade das Gegentheil anzunehmen (s. unten §. 17.). Andertheils ist wohl anzunehmen (§. 17.), daß die lex Julia de vi publica et privata, Eine große lex war, und hier wäre es doch in der That exorbitant und unbegreiflich gewesen, wie die Römer hätten dazu kommen sollen, während sie in der lex genau zwischen vis publica und privata unterscheiden, ein und dasselbe Factum mit denselben Worten, sowohl zu der einen, als zu der andern vis zu stellen. Sollten es aber auch zwei verschiedene leges gewesen seyn: so bleibt die Sache bei zwei zur gleichen Zeit gegebenen leges eben so unbegreiflich. Denn etwas ganz Anderes ist es, wenn dasselbe Factum, von dem eine frühere lex handelte, auch in eine spätere lex aufgenommen wurde, um die Strafe desselben zu erhöhen oder zu mindern, oder wenn ein äußeres Factum, das verschiedene Tendenzen zuläßt, in verschiedenen leges berührt wird, wie das seditiones Erregen in der lex majestatis und in der lex de vi. — Die l. 32 cit. aber macht gar keine Schwierigkeit. Nur scheint mir die Auslegung, welche, so viel ich weiß, bisher Alle ihr gaben, eine unrichtige zu seyn. Man nimmt nämlich an, ihre letzten Worte sprechen von Einem Falle, der sowohl zur vis publica, als zur vis privata gehöre. Allein Ulpian spricht ja nicht vom crimen objectum, sondern von crimina objecta, und sagt daher blos: Wenn der Angeklagte mehrere Verbrechen beging, welche unter beide Gesetze fallen, d. h. von denen das eine unter diese, das andere unter die

andere lex fällt, und der Ankläger klagte blos überhaupt ex lege Julia de vi, und der Präses condemnirte ihn blos de vi im Allgemeinen: so ist „mitior lex sequenda." So etwas könnte leicht bei einer idealen Concurrenz, die hier besonders möglich war, vorkommen. Will man aber auch annehmen, die Stelle spreche blos von Einem Verbrechen: so beweist sie noch keineswegs das, was sie nach der Meinung der Dissentienten beweisen soll. Denn es gab ja, auch meine Ansicht über die vis publica zu Grunde gelegt, Fälle der vis privata, welche, wenn noch ein Requisit hinzukam, vis publica wurden. Hier konnte dann, wenn dieses Requisit vorhanden war, der Ankläger es benutzen oder nicht, und so scheinbar wegen desselben Factums nach seiner Wahl de vi publica oder de vi privata anklagen, z. B. qui cum telo in publico fuerit, begeht (nach meiner Ansicht) vis privata, — qui cum telo dolo malo *in concione* fuerit, begeht vis publica. Der Letztere ist aber natürlich auch cum telo in publico, und so kann er wegen vis privata — wenn das „in concione." nicht premirt wird — oder wegen publica, wenn auf das *in concione* der Nachdruck gelegt wird, angeklagt werden. Wird nun ein Solcher wegen vis überhaupt angeklagt: so — mitior lex erit sequenda. So kommt die l. 32. in volle Harmonie mit unserer Ansicht, und man hat nicht nöthig, zu der exorbitanten Annahme ganz gleicher Fälle für beide leges mit der bisherigen Auslegung seine Zuflucht zu nehmen [11]).

11) Noch viel weiter geht Hotomanus obss. VII, 6. Er nimmt sogar an, man habe bei der vis *armata* sowohl ex lege Jul. de vi privata, als ex l. Jul. de vi publica klagen können.

Daß aber Justinian, indem er das „convocatis hominibus vim facere, quo quis verberetur" in den Titel de vi privata und in den de vi publica stellte, hier wirklich versetzte, dafür spricht auch noch sehr die const. 4. C. IX, 12. (h. t.), denn hier rescribirt Diocletian einem gewissen Liberatius, wenn er *hominibus coactis verberibus* afflictus geworden sey: so könne er ex lege Julia de vi *privata* (nicht auf de vi publica) klagen. Dabei ist auch noch zu bemerken, daß die Römer das „*convocatis* hominibus" in der Regel auf ganz gleiche Stufe stellen mit armatis hominibus.

Ein ähnlicher Beleg dafür, wie sehr der Titel de vi publica die Spur von Translocationen an sich trägt, und wie wenig umsichtig Justinian bei diesen Versetzungen verfuhr, ist folgender: das „ex naufragiis dolo malo quid rapere" wird in der l. 1. D. de vi priv. zur vis privata gestellt, während das „ex incendio rapere" in l. 3. §. 3. de vi publica zur vis publica gezählt wird. Diese l. 3. ist gerade wieder eine von den Stellen, welche nach unserer Ansicht Justinian transferirt hätte. Für die Translocation spricht nun einestheils der Umstand, daß das ex incendio und das ex naufragio rapere sonst so ziemlich auf gleiche Stufe gestellt und im Wesentlichen gleich behandelt wird [12]) und daß kein genügender Grund eingesehen werden kann, warum das Eine zur vis publica, das Andere zur privata gestellt worden seyn soll. Selbst Justinian übersieht hier ganz den Distinctivcharakter, den er zwischen beiden Arten der vis aufstellt, da er in dem einen Falle hätte arma verlangen, in dem andern ausschließen sollen.

12) Vergl. Tit. D. XLVII, 8. (de incend. ruina naufrag.) Paulus sentent. V, 3. §. 2.

Die dritte Hauptstelle, von welcher ich glaube, daß sie Justinian von der vis privata in die publica transferirt habe, ist die l. 5. de vi *publica*. In ihr werden zuerst drei Fälle angeführt, welche Paulus zur vis *privata* zählt; dann wird als vierter Fall aufgezählt: „quive per vim sibi aliquem obligaverit." und hierauf das Verhältniß der accusatio de vi zu den rein persecutorischen Klagen, den actiones de possession. und de dominio untersucht. Auch hier sprechen wieder gewiß nicht unbedeutende innere Gründe für eine, und zwar weder gehörig bedachte noch gehörig durchgeführte Justinianische Translocation. Sollte wohl Jeder, welcher „per vim sibi aliquem obligaverit"; nach der lex Julia eine vis publica begangen haben? Es läßt sich hier wieder kein Grund denken, warum ein Gesetz, das den Unterschied zwischen vis publica und privata erst einführte und das hier doch wohl nach Merkmalen unterschieden haben muß, die wenigstens in Etwas auf das „publicum" und auf das „privatum" eine innere Beziehung haben müssen, warum ein solches Gesetz jenen Fall zur publica vis zählte. Es ist bei ihm gar keine Beziehung auf ein „publicum" vorhanden, außer soweit jede vis eine solche Beziehung enthält. Auch gehört jener Fall nicht gerade zu den strafbareren Fällen. Und er soll vis publica gewesen seyn, während das ex *naufragiis* rapere, und das convocatis hominibus vim facere, quo quis verberetur, zur vis privata gehörte [13])?! Außerdem spricht auch für eine Translocation gerade die in der Stelle enthaltene Untersuchung über das Verhältniß der

13) D. de vi privata l. 1. §. 1. l. 2.

accusatio zum interdictum und zur rei vindicatio; eine Untersuchung, die nach dem unter 1—4 Angeführten und besonders nach den unter Nr. 2. angeführten Stellen gerade ihren Hauptsitz bei der vis privata hatte.

Wie ungeschickt überhaupt Justinian für den Titel de vi publica excerpirte, dies beweist sich auch durch die aus Paulus Sententiä genommene l. 11. dieses Titels. Diese handelt im Principium vom Erstürmen, Erbrechen und Ausplündern eines Hauses, wenn es mit Waffen geschieht, giebt dann im §. 1. den Begriff von Waffen, und fügt im §. 2. bei: qui telum tutandae salutis suae causae gerunt, non videntur *hominis occidendi causa* portare. Wie gehört nun aber dies hieher? Das telum hominis *occidendi* causa portare gehört zur lex Cornelia de *sicariis* [14]) und gar nicht in den Titel de vi. Wirklich ist auch dieser §. 2. der l. 11. aus demjenigen Titel von Paulus Sententiä genommen, der von der lex Cornelia handelt (Sent. V, 23. §. 7.), das principium und der §. 1. aber aus einem ganz andern Titel (Sent. V, 3. §. 3.)

Für die behaupteten Translocationen spricht endlich noch der Umstand, daß, wenn wir Alles, was Justinian in den Titel ad l. Jul. de vi publica stellte, für wirklichen Inhalt der lex Julia de vi publica annehmen, dann ja beinahe gar nichts für die lex Julia de vi privata übrig geblieben wäre. Es würden nämlich blos zwei Fälle übrig bleiben, von welchen bestimmt gesagt ist, daß die lex Julia de vi privata von ihnen handelte (l. 2. und 8. D. de vi privata); denn die übrigen, im Titel de privata angeführten,

14) D. XLVIII, 8. (ad leg. Corn. de sicar.) l. 1 pr.

Fälle gehörten zum größten Theile gewiß, einige wahrſcheinlich, nicht zur lex Julia, und von keinem derſelben iſt es beſtimmt geſagt, daß ſie zur lex Julia gehören (ſ. §. 16. von Note 12 an). Juſtinian aber konnte die Verſetzung wohl vornehmen, ohne beſorgen zu müſſen, daß ihm beinahe nichts für die vis privata übrig bleibe, weil ſchon zu Ulpians Zeiten jede Gewaltthätigkeit unter die leges Juliae, und zwar im Zweifel unter die de vi privata geſtellt wurde, was aber die leges Juliae ſelbſt nicht gethan hatten (ſ. §. 16 a. E.).

6) Bei unſerer Anſicht bekommt auch die Unterſcheidung zwiſchen *publica* und *privata* vis erſt eine genügende Bedeutung. Auguſt führte, wie früher gezeigt wurde, dieſe Unterſcheidung erſt ein. Wir müſſen hier nun doch wohl annehmen, daß er nach der innern Natur der von ihm geſonderten Fälle ſelbſt jene beſondere und neue Benennung wählte. Die bewaffnete Gewalt eine publica zu nennen, dazu lag kein Grund vor. Denn ſollte dieſe mehr publica ſeyn, als die *convocatio* hominibus begangene vis, welche beſtimmt zur privata gehörte? Eher hätte man ja die letztere eine publica nennen müſſen. Hätte auch die bewaffnete Gewalt die ſtrafbarere ſeyn ſollen: ſo würde eine andere Bezeichnung, etwa *atrox* (wie bei den Injurien), weit mehr gepaßt haben. Auf die oben ausgehobenen acht Fälle dagegen, welche ſämmtlich auf öffentliche Verhältniſſe ſich beziehen, paßte der Beiſatz *publica* vollkommen.

Endlich bekommt, wie im §. 17. zu zeigen iſt,
7) durch unſere Anſicht die lex Augusti auch erſt recht ihren genügenden hiſtoriſchen Zuſammenhang mit den früheren leges de vi.

Leges Augusti.
(Fortsetzung.)

§. 16.

Aus dem Ausgeführten dürfte nun bestimmt hervorgehen, daß die bewaffnete Gewalt, als solche, nicht zur lex Julia de vi publica gehörte, daß vielmehr höchstens die oben angeführten acht (oder neun) Fälle den Gegenstand dieser lex bildeten. Weniger bestimmt läßt sich Alles genau ermitteln, was den ursprünglichen Inhalt der lex Julia de vi privata bildete, indem unter diese schon zu Ulpians Zeiten Manches untergeschoben seyn mußte, was nicht ursprünglich zu ihr gehörte. Nach dem im §. 15. Erörterten und dem im §. 18. nach Note 12. Bemerkten dürften folgende Fälle mit ziemlicher Bestimmtheit zum ursprünglichen Inhalte dieser lex gerechnet werden:

1) An öffentlichen Orten bewaffnet erscheinen [1]).
2) Oeffentliche Gebäude oder Plätze mit Bewaffneten besetzen, einschließen oder umlagern [2]).
3) Mit Bewaffneten dem Besitzer einer unbeweglichen Sache oder eines Schiffes den Besitz entreißen, oder ihn umlagern [3]).
4) Jemanden einsperren [4]).
5) Durch absichtlich erregten Zusammentritt einer bedeutenden Volksmenge eine turba, seditio oder ein incendium bewirken [5]).

---

1) Paulus Sent. p. 26. §. 23. D. ad l. Jul. de vi publ. l. 3. §. 1.

2) Paulus l. c.

3) Paulus l. c. D. de vi publ. l. 3. §. 6. l. 4. u. 5 pr. Vergl. l. 11 pr. eod.

4) Paulus l. c. D. eod. l. 5 pr.

5) Paulus l. c. verglichen mit D. eod. l. 5 pr. l. 3 pr. und mit Basil. LX, 18, 5. und das Scholion zu dieser Stelle,

6) Das Begräbniß eines Verstorbenen verhindern, die Leiche „eripere," oder „diripere" und „turbare" [6]).

7) Denjenigen, welchem aqua et igni interdicirt ist, bei sich aufnehmen oder verbergen [7]).

8) Durch Gewalt Jemanden zur Eingehung einer Obligation nöthigen [8]).

9) Mit Zusammengerotteten einen Andern überwältigen, um ihn zu schlagen und zu prügeln [9]).

10) Nichtverpfändete Sachen des Schuldners mit Gewalt zum Zwecke der Befriedigung für eine Forderung oder zur Sicherung derselben occupiren [10]).

Dafür, daß diese Fälle schon zum ursprünglichen Inhalte der lex Julia gehörten, spricht theils schon der Umstand, daß die meisten von ihnen auch schon den Inhalt der älteren leges de vi bildeten, theils die Ausdrücke,

---

und Seneca Controv. III, 8. Hofaker in diesem Archive Bd. V. S. 115—117.

6) Paulus l. c. D. l. 5 pr.

7) Idem l. c.

8) D. eod. l. 5 pr. a. E.

9) D. de vi privata l. 2. Die l. 5. eodem enthält doch wohl nur durch Interpretation der lex Julia Hinzugefügtes. Eine ganz ähnliche Interpretation kommt bei dem edictum über das Judic. vi bonorum raptorum vor. (s. die oben §. 15. Note 4. Angeff.)

10) Paulus Sent. V, 26. §. 11. D. de vi priv. l. fin. Ob wie fern überhaupt Selbsthülfe zur lex Julia gehört habe, oder später nach den Grundsätzen der *lex Julia* bestraft worden sey, und wie hier die öffentl. Strafe sich zu der durch Constitutionen eingeführten Privatstrafe verhalte: dies sind Fragen, welche eine ausführlichere Erörterung erheischen, und daher mit der vorliegenden Untersuchung nicht wohl verbunden werden können. Sie werden deshalb in einer besondern Abhandlung, nach dem Schlusse der vorliegenden, noch nachgetragen werden.

mit denen die in den Noten angeführten Stellen von dieſen Fällen in Beziehung auf die lex Julia ſprechen. Daß ſie nicht zur lex Julia de vi publica gehören konnten, geht aus §. 15. hervor. Nur bei Einem Falle iſt mir dies zweifelhaft. Die l. 1. D. de vi publica ſagt nämlich: Lege Julia de vi publica tenetur, qui arma, tela domi ſuae agrove praeter uſum venationis vel itineris, vel navigationis coëgerit. Dagegen, daß dieſer Fall zur lex Julia de vi publica gehörte, könnte der Umſtand ſprechen, daß gerade die lex de vi privata hauptſächlich vom polizeilichen Verbot des Bewaffnetſeyns und von bewaffneter Gewalt handelte. Auch könnte man nicht hiegegen einwenden, daß es doch auffallend ſeyn würde, wenn Juſtinian gleich mit Translocationen der Titel de vi publica begonnen hätte. Denn ähnlich beginnt er ja auch den Titel ad legem Corneliam de falſis mit Fällen, welche blos ſpäter ex SCtis unter die lex geſtellt wurden [11]). Dagegen kann auch jener Fall eben ſo gut zur lex de vi *publica* gehört haben. Denn Paulus widerſpricht hier nicht, da er dieſen Fall hier nicht bei der vis privata anführt, und Waffenvorräthe ſammeln iſt doch etwas ganz anderes, als Bewaffnetſeyn. Dieſes Sammeln von Waffenvorräthen könnte wohl deshalb von Auguſt zur publica vis geſtellt worden ſeyn, weil es doch ſchon eine leicht auf öffentliche Verhältniſſe ſich beziehende und dieſen gefährliche Tendenz andeutet.

---

11) Vergl. D. XLVIII, 8. (ad l. Corn. de falſ. l. 1 pr. §. 1—8. mit Collat. legg. Moſ. et Rom. VIII, 7.

Außerdem giebt es nun noch eine Reihe von Fällen, welche nicht urſprünglich zu den Auguſt'ſchen leges de vi gehört zu haben ſcheinen, aber doch ſchon zu Ulpians Zeit nach ihnen, und zwar, wenn das in §. 14 und 15. Entwickelte richtig iſt, nach der lex Julia de *privata* behandelt und beſtraft wurden. Dieſe ſind:

a) Raub. Nirgends wird nämlich beſtimmt geſagt, daß Raub zur lex Julia gehörte. Er wurde zwar in vielen Fällen extra ordinem hart beſtraft [12]); auch konnte man beſtimmt ſchon zu Ulpians Zeit den Räuber ex lege Julia de vi privata anklagen (ſ. §. 15. Nr. 2.). Allein daß die lex Julia nicht von ihm handelte, geht aus Folgendem hervor: Raub ex naufragio wird erſt durch ein Senatusconſult unter die lex Julia de vi privata, alſo zu den gelinderen Fällen der lex Julia geſtellt [13]);

12) S. z. B. D. XLVIII, 19 (de poen.) l. 28. §. 10. 15. Ein Fall beabſichtigter bewaffneter Entwendung wurde auch ſchon von der lex Cornelia de ſicariis verpönt, beſonders zum Schutze der Stadt Rom. D. XLVIII, 8. (ad l. Corn. de ſic.) l. 1 pr. Collat. leg. R. et Moſ. I, 2. 3. Cicero pro Cluent. cap. 54. u. Sanio obſſ. ad leg. Corn. de ſicar. p. 85.

13) D. de vi privata l. 1. §. 1. Es kann wohl keinen Zweifel leiden, daß hier das „ex ſenatusconſulto" des Principiums durch Verſehen der Abſchreiber in das princ. kam, und in den §. 1. nach der ganzen Faſſung dieſes Paragraphen gehört (Cujacius Obſ. I, 38. Bynkershoeck Obſſ. VI, 13.), und daher zu leſen iſt: Eadem poena adficiuntur, qui ad poenam legis Juliae de vi privata ex *ſenatusconſulto* rediguntur, *ut* ſi quis ex naufragio dolo malo quid rapuerit. Vergl. auch §. 17. Not. 14. 15. Auf denſelben Fall beziehen ſich auch verſchiedene kaiſerliche Reſcripte, welche eine poena extra ordinem feſtſetzen. D. XLVII, 9. (de incend. ruin.) l. 4. §. 1. l. 7. XLVIII, 7. (de vi priv.) l. 1. §. 2.

dies wäre auffallend, wenn die lex Julia von Raub überhaupt und als solchem schon ursprünglich gehandelt hätte. Wirklich heißt es auch bei andern Fällen des Raubes (mit Waffen und ex incendio) in Beziehung auf die lex Julia immer nur *in eadem causa sunt*, item tenetur „eadem poena tenetur" [14]), Ausdrücke, welche gerade auf später erst unter eine lex geschobene Fälle hindeuten. Natürlich aber konnte der Räuber, wenn er bewaffnet war, aus einem andern Grunde schon nach dem ursprünglichen Inhalte der lex Julia wegen vis privata bestraft werden.

b) Besitzentsetzungen aus einer Immobilie ohne Waffen [15]).

c) Der Fall des SC. Volusianum [16]).

d) Wer turbae seditionisve facienda *consilium* iniit. Die lex Julia spricht vom wirklichen Erregen einer seditio. Durch Interpretation [17]) aber scheint, den römischen Principien gemäß, auch der Conat auf die gleiche Stufe gestellt worden zu seyn.

e) Qui servos aut liberos homines in armis habuerint. Daß, wenn auch die lex Julia nicht

14) D. de vi publ. l. 5. §. 2. §. 5. 5. D. de vi priv. l. 5. §. 2.

15) D. de vi priv. l. 5. Ulpian sagt hier blos: vis *privata postulari poteris*, und deutet also bestimmt an, daß die lex Julia nicht von diesem Falle handelte, und erst die Jurisprudenz ihn unter die lex zog. Diese Stelle unterstützt wieder meine Ansicht über vis publica und privata. Wäre überhaupt nach der *lex Julia* unbewaffnete Gewalt vis privata gewesen, so hätte Ulpian nicht so sprechen können.

16) D. de vi priv. l. 6.

17) Denn die l. 3 pr. D. de vi publ. hat hier wieder blos den Ausdruck: vi eadem causa fuit.

von diesem Falle sprach, er doch schon durch Interpretation [18]) unter sie gestellt werden konnte, ist natürlich.

f) Daß von Entführung die lex Julia gehandelt habe, wird nirgends bestimmt gesagt. Wir haben über das ältere Recht in Beziehung auf dieses Verbrechen, so viel ich weiß, blos drei Nachrichten: die eine, daß nach einem Rescript von Antoninus Pius die Entführung eines Knaben sehr streng bestraft werden solle; die andere, daß die Entführung einer Frauensperson mit dem Tode — der Strafe, mit welcher bei vis publica die humiliores belegt wurden — zu bestrafen sey; und endlich ein Rescript Diocletians, nach welchem man dem Entführer ex lege Julia de vi anklagen könne [19]). Diese letztere Stelle beweist aber noch gar nicht, daß die lex Julia auch von der Entführung handelte, sondern nur, daß die Entführung später nach der lex Julia behandelt wurde. Auch darf es nicht auffallen, daß bei Entführung die Schwertstrafe eintreten soll, und nicht daraus der Schluß gemacht werden, daß sie zur vis publica gehörte. Denn es ist nicht selten, daß einzelne Fälle der vis durch besondere Quellen besonders ausgezeichnet wurden (s. §. 18.). Eben so ist es

g) in Hinsicht der Nothzucht. Paulus führet sie nicht bei der lex Julia an, sondern sagt nur an einer andern Stelle (Sent. II, 26. §. 12.), sie

18) S. Note 17.

19) D. de vi publ. l. 6. l. 5. §. 2. C. IX, 12. h. t. const. 2.

werde mit dem Tode bestraft, und in dem Titel ad legem de vi publica (l. 3. §. 4.) heißt es nur, daß bei ihr die Strafe der lex Julia de vi publica eintrete.

Bei zwei Fällen endlich, nämlich den in l. 4. D. de vi privata angeführten, dürfte es zweifelhaft seyn, ob die lex Julia schon von ihnen handelte, oder ob sie erst später nach der lex Julia behandelt wurden. Für das Letztere spricht, daß von ihnen blos gesagt wird: „legis Juliae de vi privata crimen committitur", ein Ausdruck, welcher mehr darauf hindeutet, daß die lex nicht ursprünglich von diesem Falle handelte; für das Letztere dagegen ist der Umstand, daß nach der l. 4. cit. schon zu Labeo's Zeiten in diesen Fällen die accusatio ex lege Julia begründet war.

Mag man nun auch bei einigen Fällen streiten können, ob von ihnen schon die lex Augusti handelte, oder nicht: so ist doch soviel jedenfalls unzweifelhaft, daß nicht alle Fälle der vis von dieser lex umfaßt wurden, so wenig, wie von den früheren leges de vi. Blos einzelne, wichtige Fälle, hauptsächlich solche, zu deren Verpönung theils ihre Häufigkeit, theils ihre Gefährlichkeit und Atrocität besonders hinführte, wurden von der lex bezeichnet, und nirgends wird uns gesagt, daß die lex noch dabei die vis im Allgemeinen, und somit jeden Fall der vis verpönte.

Es ist dies auch nichts Auffallendes. Denn einestheils entspricht es ganz der Erfahrungsweise, welche auch bei andern leges beobachtet wurde. Man griff mehr nur einzelne Fälle nach dem vorliegenden Bedürfnisse auf, und überließ es der spätern Zeit, nach neuen Bedürfnissen Neues hinzuzufügen. Auch konnte man

ja bei den übergangenen Fällen der vis jedenfalls injuriarum klagen. Zwar ging diese Klage zunächst nur auf Geldstrafe. Allein in Folge der Verurtheilung trat — was hier meist nicht genug beachtet wird — Infamie ein, und dies war eigentlich der empfindlichste Punkt bei Verurtheilungen wegen Injurien, der besonders bei den Römern für die öffentlichen Verhältnisse des Verurtheilten so nachtheilig war. Erst durch die Jurisprudenz, nicht durch die lex Julia, wurde ein allgemeiner Begriff von crimineller vis aufgestellt und die lex Julia auf denselben allgemein angewendet. So erzählt es auch bestimmt Ulpian, indem er (D. L, 17. de R. J. l. 152.) sagt: *hoc jure utimur*, ut quidquid omnino per vim fiat, aut in vis publicae, aut in vis privatae crimen incidat [20]). Daß man bei der Aufstellung dieses Grundsatzes die Jurisprudenz im Zweifel der übergangenen Fälle nach der lex de vi privata behandelte, ergiebt sich aus Grundsätzen, welche sowohl bei den leges Juliae, als in andern Straffällen die römischen Juristen befolgten [21]).

---

20) Bei dieser Stelle ist zu beachten, daß die römischen Juristen des Ausdrucks *hoc jure utimur* sich da bedienten, wo sie ein durch die Praxis angenommenes und bestätigtes Erzeugniß der Theorie bezeichnen wollten. (C. P. H. Thierbach de indole formulae: hoc jure utimur. Lipſ. 1819. 4.)

21) D. XLVIII, 19 (de poen.) l. 52, 42. l. 17, (de R. J.) l. 155. §. 2.

Leges Augusti.

(Schluß.)

§. 17.

Sind die in den vorangehenden Paragraphen entwickelten Ansichten im Wesentlichen richtig, so ist der Zusammenhang der leges Augusti de vi mit dem frühern Rechte folgender:

August brachte mit der Monarchie Ruhe und Ordnung in den Staat. Die Milde und Umsicht, mit welcher er sein Principat ausübte, die traurigen Erfahrungen, welche man früher bei der zügellosen Herrschaft der optimatischen Factionen gemacht hatte, und das allmählige Ersterben alles Sinnes für Freiheit gewöhnten bald an die unumschränkte und kräftige Alleinherrschaft. Gewaltthätigkeiten hatten deshalb nicht mehr den gefährlichen Charakter, den sie unter Cäsar an sich trugen, und namentlich waren Gewaltthätigkeiten der Reichen nicht mehr so sehr zu erwarten, jedenfalls nicht so sehr zu fürchten. Besonders harte Strafen und Ausnahmsgesetze waren daher nicht mehr nöthig. Deshalb kehrte August beinahe ganz zu dem vorcäsarischen Rechte beim crimen vis zurück. Er nahm den Inhalt der lex Plotia in seine lex Julia de vi auf [2]) — nur daß er, wie es scheint, die Fälle der

2) Dadurch erklärt es sich wohl auch, warum die römischen Classiker bei der *Usucapio* immer neben der lex Julia noch diese lex Plotia nennen (s. oben §. 10. Note 14.). Daß die lex Julia de vi *privata* von diesem Punkte handelte, und die de vi publica gar nicht von ihm handeln konnte, erklärt sich aus meiner Ansicht über den Inhalt dieser leges. Vielleicht sprechen auch aus diesem Grunde bei diesem Punkte die römischen Juristen nie von *leges* Juliae, sondern immer nur von *lex* Julia.

criminell strafbaren vis noch vermehrte — und mit diesem Inhalt milderte er auch die Strafe der vis, oder, wenn die oben aufgeführte Vermuthung über die Strafe der lex Plotia richtig ist, stellte eine der Strafe der lex Plotia ähnliche gelindere Strafe wieder her. Dabei hob er das cäsarische Ausnahmsgesetz wegen Provocationen bei vis auf. Dies führte ihn aber auf eine sehr natürliche Weise noch weiter. Der Magistratus, welcher eine gültige Provocation nicht achtet, und gegen den Angeklagten, trotz der Provocation einschreitet, begeht aber damit gegen diesen eine Gewaltthätigkeit. Doch handelte hievon die lex Plotia de vi nicht, weil schon ältere Gesetze über diesen, für die öffentlichen Verhältnisse in der Republik höchst wichtigen Punkt bestanden, die leges *Valeriae*, *Porciae* und *Semproniae* [2]). August aber wurde auf die Erneuerung dieser leges schon durch seine Aufhebung der von Cäsar gemachten Ausnahmen geführt, und nichts war nun natürlicher, als diese Erneuerung mit seiner lex de vi zu verbinden. Da aber im ältern Rechte die Legislation über die Provocationen aus historisch leicht erklärlichen Gründen [3]) ganz getrennt wurde von der über vis; so trennte und unterschied auch er diesen Punct von den Gewaltthätigkeiten der *lex Plotia*, knüpfte an denselben noch einige andere, die öffentlichen Verhältnisse und namentlich die Ausübung der Rechtspflege betreffende Fälle, behielt für die hierauf sich beziehenden Gewaltthä-

2) S. über diese Conradi in der oben §. 12. Note 2. angeführten Abhandlung.

3) Schon aus dem Umstande, weil die Provocationsgesetze früher waren, als alle leges über die quaestiones perpetuae.

thätigkeiten die höhere Strafe bei, welche Cäsar für die vis überhaupt festgesetzt hatte, und gab ihnen die Benennung vis publica, die hier um so mehr paßte, als die Römer die Frage über Provocationen von jeher für eine der wichtigsten ihres öffentlichen Rechtes betrachteten. Zum Gegensatz ergab sich dann für die Fälle der lex Plotia, welche August noch etwas erweiterte, der Name vis privata von selbst.

Noch sind in Beziehung auf die lex Augusti de vi zwei Fragen zu beantworten. Die eine ist: Hat August zwei getrennte *leges de vi*, die eine de vi publica, die andere de vi privata gegeben, oder hat er in Einer *lex* Beides zusammengefaßt? Manche behaupten das Letztere, ohne besondere Gründe dafür anzuführen [4]); Andere sind für das Erstere, aber auch entweder ohne Gründe dafür zu geben, oder wenigstens ohne irgend genügende Gründe beizubringen. Denn daß häufig von *leges* Juliae de vi oder von lex Julia de vi privata und wieder besonders von lex Julia de vi publica die Rede ist, dies beweist nichts, da ein Gesetz, welches ein Verbrechen in zwei Hauptklassen sonderte und gegen 90 Capitel hatte [5]), wohl durch leges, und jeder seiner Hauptabschnitte wieder besonders durch lex de etc. bezeichnet werden konnte. Eben so wenig beweisen die zwei Pandektentitel für zwei leges [6]). Denn Justinian wies eben jedem Hauptabschnitte

4) Z. B. Matthäus, Hoffmann u. A.

5) In der Collat. Legg. Mos. et R. IX, 2. wird das 87ste u. 88ste Capitel der lex angeführt.

6) Bach hist. jur. R. p. 549. ed. Stockmann. 6. meint, dieser Umstand beweise vollkommen für zwei getrennte leges.

der lex einen besondern Titel an. Die Frage dürfte sich übrigens wohl ganz sicher entscheiden lassen aus einem Beweisgrunde, der, so nahe er liegt, doch nie beachtet wurde. Wie alle leges judiciorum publicorum, so enthielt auch die lex Augusti sehr viel Prozessualisches. Alle Stellen unserer Quellen nun, in welchen von diesem Prozessualischen die Rede ist, sprechen von dem Gesetze immer blos im Singularis, und ohne die *vis privata* hier zu unterscheiden von der *publica*, also blos von einer *lex Julia de vi*[7]). Hieraus ergiebt sich unzweifelhaft, daß August Alles in Einer lex zusammenfaßte, daß diese lex nur mehrere Hauptabschnitte hätte, von denen der eine über die Fälle und Strafe der vis publica, der andere über die Fälle und Strafe der vis privata disponirte, und daß ein Abschnitt, und wohl gerade der letzte (denn gerade beim Prozessualischen wird das 88ste Capitel der lex angeführt) das der vis publica und privata Gemeinschaftliche, nämlich das Prozessualische, enthielt. So erklärt es sich durchaus, wie die Römer von leges Juliae de vi beim Thatbestande und bei der Strafe (vis publica, vis privata) sprechen konnten, während sie in

7) Diese Stellen sind: Collat. legg. Mos. et R. IX, 2. (Ulp. lib. VIII. de officio proconsulis ad *legem* Jul. de vi publica et privata.) „*Eadem* lege quibusdam testimonium" etc. D. I, 21. (de off. ejus cui mand.) l. 1. pr. „hujus rei fortissimum argumentum, quod *lege Julia de vi* nominatim cavetur, ut is, cui obtigerit exercitio, possit eam, si proficiscitur, mandare." D. XXII, 5. (de testib.) l. 3. §. 5. „*Lege Julia de vi* cavetur: ne *hac lege* in reum testimonium dicere" etc. l. 15. cod. „et *lex Julia de vi* eos homines testimonium dicere" etc.

andern Stellen wieder blos von der lex Julia de vi, oder de vi privata et publica reden. Eben so erklärt es sich allein hieraus, daß man ex lege Julia de vi überhaupt anklagen konnte, ohne anzugeben, ob de vi publica, oder de vi privata [8]). Denn unmöglich hätte dies geschehen können, wenn es nicht Eine lex, und wenn nicht das Prozessualische beiden Arten der vis gemeinschaftlich gewesen wäre.

Was die zweite noch zu beantwortende Frage — welche Strafen die lex Julia de vi festgesetzt habe — betrifft, so ist unzweifelhaft, daß die lex für die vis publica die aquae et ignis interdictio festsetzte [9]). Diesem widerspricht nicht Paulus in seinen Sententiae, wiewohl er hier sagt: Cujus rei poena humiliores capitis, honestiores insula deportatione coërcentur; denn Paulus spricht hier nicht vom Inhalte der lex Julia, sondern blos von dem, was zu seiner Zeit geübt wurde. Nun ist es aber bekannt, daß zwar schon August auf Livia's Rath die Deportation einführte, daß er sie aber gar nicht allgemein, sondern nur in einzelnen Fällen anwendete, daß erst nach ihm diese Strafe beinahe allgemein an die Stelle der aquae et ignis interdictio trat, und daß endlich, was die Unterscheidung zwischen den humiliores und honestiores anbelangt, dieselbe besonders nach Augusts Zeit Regel ward. So erklärt sich die Angabe von Paulus für seine Zeit vollkommen. Daß aber Justinian die Deportation der lex Julia zuschreibt, beweist

8) D. XLVIII, 19. (de poen.) l. 52. und oben §. 15. vor not. 11.

9) D. de vi publ. l. 10. §. 2.

durchaus nichts gegen die in den Pandekten enthaltene historische Notiz [10]).

Zweifelhafter scheint es zu seyn, welche Strafe die lex Julia für die vis *privata* festsetzte. Darin, daß ein Theil der Strafe in Confiscation des dritten Theils des Vermögens bestand, stimmen die Quellen überein. Allein über den andern Theil der Strafe variiren sie. Paulus nennt Relegation; die Pandekten führen an einer Stelle Infamie an [11]), an einer andern dagegen: cautum est, ne senator sit, ne decurio, aut ullum honorem capiat, neve in eum ordinem sedeat [12]), neve judex sit, et videlicet omni honore, *quasi infamis*, carebit [13]). Justinian endlich nennt in den Institutionen blos die angeführte Confiscation. Unsere Schriftsteller folgen bald der einen, bald der andern Quelle, ohne aber namentlich die Verschiedenheit zwischen der l. 1. und 8. cit. zu erklären.

Bedenkt man aber, daß weder Paulus noch Modestinus die ursprüngliche Strafe der lex Julia angeben wollen, sondern Jeder blos von seiner Zeit

---

10) S. oben §. 15. not. 5. Unbegreiflich ist, wie Bach l. c. p. 348. der *lex Julia* die poena deportationis vel ultimi supplicii zuschreiben konnte.

11) L. 8. D. de vi priv. (Modestinus de poen. II.) „hac lege tenetur, et tertia parte bonorum multatur etc. *infamis* fit."

12) Neve in XIV ordinibus sedeat. Cujacius Obss. IX, 16. Vgl. aber dagegen die tab. Heracleensis bei Dirksen obss. ad tab. Herael. part. alt. Berol. 1817. p. 58 f. 77.

13) D. de vi priv. l. 1. pr. Daß die Worte ex SCto nicht in dieses princ. gehören, darüber s. oben §. 16. not. 13. Dies beobachteten nicht gehörig Hoffmann hist. jur. Vol. I. p. 146. und Hofacker in diesem Archive Bd. V. S. 119.

spricht: so läßt sich über die Strafe der lex Julia leicht ein sicheres Resultat bekommen, und alles Uebrige kann ohne Schwierigkeit historisch erklärt werden.

Die l. 1. D. de vi priv. will uns die ursprüngliche Strafe der lex geben, wie schon ihre Worte beweisen, gerade wie der vorhergehende Titel eine historische Notiz über die Strafe der vis publica giebt. Somit war die Strafe der vis privata nach der lex Julia blos die eingeführte Confiscation und Unfähigkeit zur Senatorswürde, zum Richteramte und zu Ehrenstellen überhaupt, nicht aber Infamie. Dafür spricht auch, daß gerade solche specielle Unfähigkeitserklärungen auch bei andern leges häufig waren [14]). Daraus, so wie aus noch andern Momenten [15]), geht hervor, daß in der Zeit jener leges die Infamie noch nicht stillschweigende Folge einer jeden Verurtheilung wegen eines crimen ordinarium war. Später aber wurde es allgemeiner Grundsatz, daß jeden in einem judicium publicum Verurtheilten Infamie treffe [16]). So konnte daher Modestinus von seiner Zeit wohl

14) Z. B. bei der Lex Acilia de Ambitu, s. Dio Cassius XXXVI, 21. Vergl. besonders auch die lex Servilia repetundar. cap. 6., ferner Cicero pro Cluent. cap. 46. Sueton. Caesar. c. 45.

15) S. z. B. die tabula Heracleensis aer. Neapol. lin. 54 sq. 45 sq. Dirksen obss. ad tab. Heracl. part. alt. p. 71. 77. 120 sq. Ferner die von Asconius ad Ciceron. orat. pro l. Cornelia gegen das Ende angeführte lex Cassia, nach welcher eine Verurtheilung in judicio publico blos Unfähigkeit, im Senate zu seyn, zur Folge haben sollte.

16) D. XLVIII, 1. (de judic. publ.) l. 7. Vergl. auch Zimmern Geschichte des römischen Privatrechts Bd. 1. S. 465.

sagen: der wegen vis privata Verurtheilte werde infamis, und brauchte die einzelnen Unfähigkeiten, welche die lex Julia festgesetzt hatte, nicht aufzuzählen, und eben so konnten Paulus und Justinian den Punkt der Infamie ganz übergehen, weil derselbe sowohl zu Paulus als zu Justinians Zeiten sich hier ganz von selbst verstand.

Soweit läßt sich somit Alles erklären. Was aber die Relegation betrifft, welche Paulus außerdem anführt, so nimmt Hofacker [17]) gewiß mit Recht an, die Strafe der vis privata sey eben zwischen Augusts und Paulus Zeiten mit der Relegation verschärft worden, einer Strafe, die ohnehin erst in den Kaiserzeiten aufkam. Nach der eben ausgeführten Ansicht über den Umfang der vis privata würde sich dann dabei auch ganz gut erklären, wie Justinian dazu kam, die Relegation wieder wegzulassen, weil er gerade die strafbaren Fälle der vis privata zu der publica vis stellte. Unerklärlich scheint aber dabei, daß dann Modestinus die Relegation nicht anführte. Denn da er ein Schüler Ulpians, des Zeitgenossen von Paulus, war: so hätte ja vor ihm und nach ihm [18]) die Relegation zu der Strafe der vis privata gehören müssen. Oder sollte zu seiner Zeit blos für den speciellen Fall der l. 8. cit. eine Ausnahme gemacht worden seyn? Dies ist aber nicht wohl anzunehmen, besonders da Paulus (Sent. V, 26. §. 4.) gerade auch auf diesen Fall seine Strafe der vis privata zu beziehen scheint. Allein die Sache erklärt sich vollkommen dadurch, daß Justinian

17) Hofacker in diesem Archive Bd. V. S. 119.
18) L. IX, 12. (h. t.) const. 6.

bei der als privata die Relegation bestimmt verwarf; und so war es natürlich, daß er diese Strafe bei dem Excerpte aus Modestinus in den Pandekten wegließ.

Crimen vis, von August bis Alexander Sever.

§. 18.

In die Zeit von August bis Alexander Sever fällt der schon im §. 16 am Ende ausgeführte wichtigste Schritt, welcher für die weitere Ausbildung des crimen vis gemacht wurde.

Nach Erlassung des August'schen Gesetzes war es nun Sache der Jurisprudenz, die Grundlage, welche August gegeben hatte, weiter auszubilden und auf ihr fortzubauen: dies geschah auch auf eine doppelte Weise. Die römischen Juristen erweiterten durch Interpretation einzelne Fälle der lex Julia [1]) und schoben manche Fälle unter die lex Julia, welche ursprünglich nicht unter ihr enthalten waren [2]). Bald aber gingen sie noch weiter. Die lex Julia hatte, wie die früheren leges de vi, blos einzelne Fälle der vis als criminell strafbar bezeichnet. Die Juristen aber bildeten einen allgemeinen Begriff der criminellen *vis*, und wendeten auf ihn durchaus die lex Julia an [3]). Sie betrachteten dabei als Wesen der vis die

1) Z. B. D. de vi priv. l. 5. §. 5. s. oben §. 16. not. 9. und not. 17. Gerade auf beinahe ganz gleiche Weise verfuhren sie bei dem edictum über die actio vi bonor. raptor., s. v. Savigny Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. Bd. V. S. 127 f.

2) S. §. 16. Lit. a — f.

3) S. §. 16 a. E.

widerrechtliche Beschränkung des Willens, der Freiheit des Entschlusses einer Person, und crimen vis war nun jede widerrechtliche Handlung, durch welche man eine Person zu einem Thun, Unterlassen oder Dulden wider ihren Willen zu bestimmen suchte, sey es, daß man physische oder compulsive Gewalt gegen die Person unmittelbar anwendete, oder wenigstens auf eine Weise auftrat, daß die Absicht, jeden Widerstand durch persönliche Gewalt auszuschließen, unzweifelhaft war [4]). Durch diese Abstraction, welche auch von der Praxis angenommen wurde, bildeten nun die einzelnen Fälle der lex Julia blos Hauptbeispiele des crimen vis, und diese Specialitäten der lex Julia waren jetzt nicht mehr für die Frage, was überhaupt zum crimen vis gehöre, sondern nur noch für die Frage über die Strafe der einzelnen Fälle von Wichtigkeit. Denn die Unterscheidung der lex Julia zwischen vis privata und publica behielt man bei, und hielt sich dabei im Wesentlichen ganz an die lex. Diejenigen Fälle aber, welche durch die allgemeine Begriffsbildung von crimineller vis nun noch zur lex Julia hinzukamen, bestrafte man nach der lex Julia de vi privata [5]).

Außerdem änderten sich in dieser Periode auch die Strafen der lex Julia. An die Stelle der aquae et ignis interdictio trat Deportation, und für humiliores Todesstrafe; der Strafe der vis privata wurde noch Relegation beigefügt, und Infamie verstand sich

4) Den Beweis dafür, daß die römischen Juristen auf diese Weise das Wesen und den Begriff des crimen vis auffaßten und bildeten, suchte ich schon in Bd. XI. S. 565—647 dieses Archives zu geben.

5) S. §. 16 a. E.

nun auch hier, wie bei jeder Verurtheilung in judicio publico von selbst. Die humiliores wurden wegen vis privata zu Bergwerksarbeit verurtheilt [6]). Uebrigens blieb es nicht in allen Fällen der vis bei diesen Strafen, sondern es wurden einzelne Fälle, namentlich der vis *privata*, noch besonders ausgezeichnet und mit besonderen härteren Strafen belegt. Daß dies bei Raub, Entführung und Nothzucht geschah, wurde schon im §. 16. näher angeführet. Noch andere, auf diese Weise ausgezeichnete Fälle waren folgende:

1) Wer fremde Gebäude ausplündert, erbricht oder erstürmt, soll, wenn es *turba* cum telis coacta geschah, mit dem Tode bestraft werden [7]).

2) Wer mit zusammengerotteten Haufen zum Zwecke der Entwendung einen Tempel bei Nacht erbricht, soll qualificirte Todesstrafe leiden [8]).

3) Gleiche Strafe kann nach Umständen auch die *auctores* seditionis et tumultus treffen [9]).

---

6) §. 17. und Paulus sentent. V, 26. §. 5.

7) Paulus sentent. V, 3. §. 3. D. de vi publ. l. 21 pr. Da hier eine turba gefordert wird, so mußten wenigstens 10 Personen zusammengebracht werden. D. XLVII, 8. (vi bon. rapt.) l. 12. §. 3.

8) Paulus sentent. V, 19. §. 1. D. XLVIII, 13. (ad l. Jul. pecul.) l. 6 pr.

9) Paulus l. c. V, 22. §. 1. D. XLVIII, 19. (de poen.) l. 38. §. 2. l. 28. §. 3. Vergl. über diese und andere ähnliche Stellen mein Lehrbuch des Strafr. Bd. II. S. 68 — 70. Der auctor seditionis konnte auch nach einem Senatsschluß mit der Strafe der lex de Cornelia de sicariis belegt werden. D. XLVIII, 8. (ad l. Corn. de sic.) l. 3. §. 4.

4) Wer der Soldatenwache einen Verhafteten mit Hülfe Zusammengerotteter entreißt, wird mit dem Tode bestraft [10]).

5) Außerdem gab es noch eine Reihe von Fällen des crimen vis, welche in dieser Periode in Folge von Senatsbeschlüssen nach der lex Cornelia de *sicariis* bestraft wurden. Der Zweck war wohl nur Straferhöhung, indem durch die Bestrafung ex lege Cornelia diese Fälle (wie auch die eben angeführten) noch über die vis publica gestellt werden sollten. Zwar war ursprünglich die Strafe der lex Cornelia dieselbe, wie die der lex Julia de vi publica, die aquae et ignis interdictio, und bei beiden leges änderte sich später die Strafe gleichmäßig in Deportation; allein im Verlaufe dieses Zeitraums wurden die Strafen dieser leges verschieden. Bei der vis publica blieb es bei der Deportation; nur humiliores wurden mit dem Tode bestraft. Die Strafe der lex Cornelia de sicariis aber wurde für die honestiores in einfache, für die humiliores in qualificirte Todesstrafe verwandelt, und nur für die höchsten Rangklassen blieb es bei der Deportation [11]).

---

10) Paulus sentent. V, 51. §. 2. Noch kann hier auch die Bestimmung in Beziehung auf Soldaten bemerkt werden: „Miles *turbator pacis* capite punitur" D. XLIX, 16. (de re mil.) l. fin. §. 1. — Für manche Fälle der vis scheint auch am Ende dieser Periode das Berufungsrecht wieder beschränkt worden zu seyn (*„in eorum persona, quos damnatos statim puniri publice interest, ut sunt insignes latrones, vel seditionum conciliatores!"*) D. XLIX, 1. (de apellat.) l. 16.

11) D. XLVIII, 8. (ad l. Corn. de sic.) l. 4. §. 5. l. 16. Collat. legg. Mos. et R. I, 2. VIII, 4. XII, 5. Pau-

Die Fälle nun, welche unter diese Strafbestimmungen durch Senatsschlüsse gestellt wurden, sind, außerdem schon in der Note 9 angeführten:

a) Wer Jemanden wider dessen Willen castrirt [12]).

b) Wer seine Sclaven bewaffnet, um sich in den Besitz einer Sache mit Gewalt zu setzen, oder auf widerrechtliche Weise einen verlornen Besitz mit Gewalt wieder zu erlangen [13]).

c) Wer Schiffbrüchige mit Gewalt verhindert, dem Schiffe oder den auf dem Schiffe in Gefahr Befindlichen zu Hülfe zu kommen [14]).

---

lus sentent. V, 25. §. 1. Ueber diese Rücksicht auf die Rangklassen vergl. R. Hommel quid de poen. Rom. criminal. philosophice statuendum sit. Lipf. 1787. cap. 2. (auch in Martin collectio selectar. Dissertat. jur. crim. Vol. I. 1822. p. 53 sq.). Besonders auch Schulting zu der angeführten Stelle des Paulus, und Hofacker in diesem Archive Bd. V. S. 89—95. Daß die Todesstrafe schon zu Hadrians Zeit für die Fälle der lex Cornelia gewöhnlich war, dürfte aus D. ad l. Corn. de sic. l. 4. §. 2. hervorgehen. Die Rücksicht, daß ein civis Romanus nicht leicht mit dem Tode, bestraft werden sollte, war, wie die Annalen von Tacitus vielfach beweisen, schon zu Tiberius Zeiten ganz verschwunden, und ich möchte daher nicht, wie es Hofacker a. a. O. thut, an den Umstand, daß Caracalla allen römischen Unterthanen das römische Bürgerrecht verlieh, Etwas in dieser Hinsicht knüpfen.

12) Die gleiche Strafbestimmung galt sogar auch für denjenigen, der einen Einwilligenden castrirt. Allein dies gehört nicht hieher. Das Senatus-Consult über diesen Punkt fällt in Hadrians Zeiten, s. D. XLVIII, 8. (ad l. Corn. de sic.) l. 3. §. 4 a. E. l. 4. §. 2. vergl. mit l. 5. eod., ferner Paul. sentent. V, 25. §. 12.

13) D. ad l. Corn. de sic. l. 5. §. 4.

14) D. XLVII, 9. (de incend. ruin.) l. 3. §. 8.

Crimen vis von Alexander Sever bis vor die Verfassung der Justinianischen Rechtsbücher.

§. 19.

Nach den Zeiten Alexander Sever's wurde die Strafrechtspflege mit immer mehr steigender Willkür und Nichtachtung der Gesetze und Jurisprudenz begründeten Principien ausgeübt. Die Entartung des Volkes und des Beamtenstandes, das Verschwinden tüchtiger juristischer Bildung und aller wissenschaftlichen Selbstständigkeit, der schnelle Regentenwechsel, bei welchem in funfzig Jahren nach Sever's Tode mehr als zwanzig Regenten auf dem Throne wechselten, und dann später der ungemessene Despotismus der Imperatoren, mußten diese Wirkung herbeiführen. Das Strafsystem wurde immer mehr gesteigert. Schon in den etwas bessern Zeiten der klassischen Juristen war dies weit über Gebühr der Fall, und sie schon waren mit harten Strafen wahrlich gar zu freigebig. Die spätern Imperatoren aber gingen noch weiter, und glaubten nur durch blindes Dazwischenschlagen, durch die willkührlichsten und grausamsten Strafen die Rechtsordnung erhalten zu können. Hieraus erklärt es sich, daß man zwar die juristische Grundlage auch im Strafrechte aus der frühern Zeit in so fern beibehielt, als man an Allem, was die frühere Zeit über Begriff und Thatbestand der strafbaren Handlungen gebildet hatte, in der Regel so ziemlich festhielt. Allein im Grade der Strafe und in manchen hierauf einfließenden Distinctionen wich man vom Frühern oft sehr ab. Eben so erklärt sich auch aus dem Geiste dieser Periode die Häufigkeit von solchen kaiserlichen Verordnungen, welche bei Ein-

führung neuer Strafen für ein Verbrechen mit einer ausgesuchten Ungenauigkeit theils von der Strafe, theils vom Verbrechen selbst, und den auf die Strafe einflußreichen Momenten sprechen. Denn während die leges der Republik sich gerade in dieser Hinsicht bemühten, durch die specialisirteste Form und genaue Angabe der Details jeder Willkür und Ungerechtigkeit vorzubeugen, während auch noch die Juristen und die bessern Kaiser der klassischen Periode sich diesem Streben anschlossen, fand es der spätere Despotismus der unbeschränkten Monarchie für seine Zwecke weit ersprießlicher, durch die größte Vagheit in den Gesetzen seiner Willkür freien Spielraum zu sichern.

Alles dieses bestätigt sich zum großen Theile durch die Geschichte des crimen vis in dieser Periode, und giebt auch zugleich die gehörige Erklärung für diese Geschichte. Indessen lassen sich hier meist nur Einzelnheiten anführen, da für diese Periode unsere Quellen beinahe eben so dürftig sind, wie für die erste Periode.

Aus den Zeiten vor Constantin haben wir nur von Diocletianischen Rescripten über vis einige Nachrichten. Nach diesen änderte aber Diocletian am Frühern nichts, sondern rescribirte blos dem bisher bestandenen Rechte gemäß, sowohl über die Strafe der vis, als über die Grenzen zwischen vis publica und privata. Denn ein Mal verweist er noch im Allgemeinen auf die lex Julia de vi, und in drei Fällen („hominibus coactis verberare", „in possessionem fundi per vim ingredi" und „de possessione vi dejicere") speciell auf die lex Julia de vi privata[1]). Indessen mochten

1) C. IX, 12. (ad leg. Jul. de vi publ. et privata) const. 5—5. VIII, 4. (unde vi) const. 4.

doch die schlechten Zeiten vor und unter diesem Kaiser schon ziemlich die Aenderungen vorbereitet haben, welche oben angedeutet wurden, und zu deren Aussprechen freilich der despotische Constantin am geeignetsten war.

Dieser Letztere erklärte im Jahr 317 (nach Chr.): die „*manifesta violentia*" überhaupt solle nicht mehr mit Deportation und Relegation — den bisherigen Strafen der vis publica und privata — sondern mit dem Tode bestraft werden. Sein schlechter Grund hiefür war, daß so viele Uebelthaten unter dem Namen violentia begriffen, und namentlich bei vis so häufig auch Tödtungen begangen werden. Falle eine solche bei vis auf Seiten der Angreifer oder der Angegriffenen vor: so sollen immer die ersteren dafür büßen [2]). So wurde also nun die Todesstrafe ordentliche Strafe für jede vis, und der Unterschied zwischen vis publica und privata war für die Regel aufgehoben. Dabei hob Constantin in demselben Edicte, wie zu den Zeiten der Republik Cäsar, das Appellationsrecht beim crimen vis auf, und generalisirte somit das, was für einzelne Fälle der vis schon in der Periode der klassischen Juristen angenommen und in die Praxis gebracht worden war [3]).

Die Bestimmungen des angeführten Edictes wendete Constantin in demselben Jahre unverändert an auf „alienum fundum per violentiam invadere", zum vollen Beweise, daß auch die vis *privata* unter seine allgemeine Strafbestimmung fallen sollte [4]).

---

2) Theod. Cod. IX, 10. (ad l. Jul. de vi publ. et priv.) const. 1.

3) S. §. 18. not. 10 a. E.

4) Theod. Cod. l. c. const. 2.

So blieb es nun, wie es scheint, bis zum J. 390. Zwar behauptet Jacob Gothofredus [5], Constantin habe später selbst wieder jene seine Strafbestimmung gemildert und in Deportation herabgesetzt, und von seinem Sohne sey dieses Letztere bestätigt worden. Allein dies ist unrichtig. Denn die Stellen, welche Gothofredus dabei im Auge hat, sprechen blos von einem speciellen Falle der vis, nämlich von einem Falle der sogenannten Selbsthülfe. Für denjenigen blos, welcher ein Recht an eine Sache zu haben glaubt, in der That aber kein Recht auf sie hat, und sich mit Gewalt in den Besitz derselben setzt, mildert Constantin [6], seine früher angeordnete Strafe, und bestimmt für ihn, statt der Schwerfstrafe, die Deportation, und auch nur von diesem Falle spricht die Verordnung seines Sohnes [7]. Die ganze Milderung blieb aber durchaus im Constantinischen Geiste; denn die Deportation war ja die alte Strafe der vis *publica*, somit immerhin noch eine Strafe, durch welche für den angeführten Fall, der doch unter die alte vis privata fiel, das ältere Recht sehr geschärft blieb. Dabei erhöhte Constantin für einen andern Fall der vis die von ihm in seinem Edict vom

5) In seinem Commentar zu Theod. Cod. h. t. const. 1. 5.

6) Theod. Cod. IX, 10. h. t. const. 5. (vom Jahr 319). Diese Constitution ist auch aufgenommen in die lex Romana Burgundion. (s. g. Papiani lib. responsor.). tit. VIII. de violentiis.

7) Theod. Cod. XI, 36. (quor. appell.) const. 14. Deshalb werden auch von Gratian, Valentinian II. und Theod. I. im Jahr 381, Vormünder mit Deportation bedroht, wenn sie für ihre Mündel zum Nachtheile derselben Selbsthülfe durch gewaltsame Besitzentsetzungen ausüben. Theod. Cod. IV, 22. (unde vi) const. 1.

Jahr 317 festgesetzte allgemeine Strafe bedeutend. Er bestimmte: den Entführer solle die allerhärteste Strafe, — wahrscheinlich, wie Gothofredus zeigt, der Feuertod — treffen; Ammen, welche bei der Entführung geholfen haben, solle sogar geschmolzenes Blei in den Mund gegossen werden! [8]) Hier milderte aber später (J. 349) sein Sohn Constantius. Er setzt die Strafe der Entführung wieder herab in Schwertstrafe, wahrscheinlich, weil sogar die damalige Praxis sich gegen den Constantinischen Terrorismus sträubte. Denn Constantius führet als Motiv seiner Aenderung an: ne sub specie atrocioris judicii aliqua in ulciscendo crimine dilatio sequatur [9]).

Erst im Jahr 390 wurde das Constantinische Edict über vis vom Jahr 317 bedeutend geändert durch ein Gesetz von Valentinian II., Theodosius I. und Arcadius [10]): ein Gesetz aber, das bei seiner Ungenauigkeit eine Menge Zweifel läßt. Es geht aus von dem Falle, wenn Sklaven ohne Vorwissen ihres Herrn „violentiam faciunt." Diese sollen dann mit dem Tode bestraft werden. Thun sie es aber auf Verlangen ihres Herrn: so leide es keinen Zweifel, daß der Herr nach der *lex Julia* für infam zu erklären sey, und die dignitas loci et originis verliere [11]). Niedrige und infame

8) Theod. Cod. IX, 24. (de rapt. virg.) const. 1.

9) Theod. C. l. c. const. 2.

10) Theod. Cod. IX, 10. (h. t.) const. 11.

11) „*Plam* est, secundum legem Juliam dominum infamem pronunciandum loci ac originis propriae dignitate non uti." Die const. 10. C. Just. h. t. liest: „pronunciatum." Die lex Rom. Burgundion. tit. VIII. aber, in welche die Stelle aufgenommen ist, auch pronunciandum.

fame Personen dagegen, so wie solche, welche mehrmals Gewaltthätigkeiten begangen haben, sollen mit den Strafen der früheren kaiserlichen Verordnungen bestraft werden.

Daß dieses Gesetz blos auf Gewalt, die man durch Sklaven verübte, zu beziehen sey, ist nicht anzunehmen. Hiegegen spricht der allgemeine Schlußsatz über Gewaltthätigkeiten der viles personae. Soll es aber auf jede Gewalt, und auf Gewalt zufügende Personen jeglicher Art sich beziehen? dies ist wohl nicht möglich, trotz seiner allgemeinen Sprache. Denn es wendet ja für die honestiores blos die lex Julia de vi *privata* an. Auf welche Fälle aber bezieht es sich? und wie ist es näher zu bestimmen und zu begrenzen?

Mir scheint blos durch Folgendes die Sache in etwas erklärt werden zu können. Die Praxis hatte wohl das Constantinische strenge Gesetz nicht streng beobachtet, sondern mehr zu den alten Unterscheidungen zwischen vis publica und privata zurückgegriffen [12]). Diese Praxis scheint nun durch jenes Theodosische Gesetz wenigstens theilweise geregelt werden zu sollen. Für Sklaven, ferner für Personen niedersten Standes, für Infame und für Solche, welche mehrmals das Verbrechen begingen, wird das Constantinische Edict — die Todesstrafe — allgemein, und ohne Unterscheidung zwischen vis publica und privata wiederholt, und

12) Hiefür spricht sehr die Schlußstelle des Gesetzes, welches den Richtern harte Strafen droht, wenn sie molliorem, quam praestituimus, poenam protulerint. Auch würde dafür noch das *pronunciatum* im Cod. Just. (not. 11) sprechen, wenn der C. Th. auch so lesen würde.

Festhaltung desselben durch strenge Drohungen gegen milde und vom Gesetze abweichende Richter eingeschärft. Für die honestiores aber läßt das Gesetz Alles bei der bestehenden Praxis. Nur sagt es, daß sie wenigstens mit der alten Strafe der lex Julia de vi privata zu bestrafen seyen. In welchen Fällen aber härter? darüber schweigt es, und konnte wohl, wenn wir annehmen, daß es sich auf eine bestehende Praxis bezog, auch allenfalls noch eher schweigen.

Justinianisches Recht.

§. 20.

Ueber das weitere Schicksal unserer Lehre in der ganzen Zeit vom J. 390 bis auf Justinian haben wir keine Notizen. Schließen läßt sich aber aus dem eben Angegebenen, daß man in dieser Zeit wieder auf den Unterschied zwischen vis publica und privata in manchen Fällen einige Rücksicht nahm, und so wird dadurch Manches, was Justinian that, erklärbarer. Es erklärt sich dadurch mehr, wie er sich bewogen finden konnte, diese Distinction wieder recht herauszuheben. Es erklärt sich aber auch dadurch und durch das, was unter den früheren Kaisern vorgegangen war, wie Justinian dazu kommen konnte und mußte, die alten Distinctionen zwischen vis publica und privata, wie sie die *lex Julia* gemacht, und die klassische Juristenzeit im Wesentlichen beibehalten hatte, großentheils zu verlassen, und unter die vis publica eine Menge Fälle zu stellen, welche nach jenen ältern Rechten zur vis privata gehört hatten. Es erklärt sich endlich das Schwanken Justinians bei allen

seinen Interpolationen, und die Ungenauigkeit, mit welcher er sie durchführte, weil jene Distinction ihre wahre Bedeutung verloren hatte, und nur durch eine unwissenschaftliche und vage Praxis theilweise wieder festgehalten ward.

Fassen wir die Hauptpunkte zusammen, durch welche Justinian sein Recht über crimen vis bildete, und welche über diese Justinianische Gesetzgebung überhaupt zu bemerken sind: so bestehen sie im Wesentlichen in Folgendem:

I. Bei der Verfassung des Codex interpolirte Justinian schon bedeutend, und deutete dadurch schon seine durch die Pandekten und Institutionen weiter ausgeführte und durch die Bestimmungen von Theodosius und die Praxis seiner Zeit großentheils motivirte Richtung an. Er nahm zwar Constantins Edict vom J. 317 in seinen Codex auf, aber mit einer völligen Umwandlung desselben. Während Constantin für jede vis Todesstrafe festsetzte, und nur dabei als Motiv anführt, daß ja bei vis so häufig Tödtungen vorfallen: macht Justinian dieses Motiv zum einzigen Fall der ganzen Disposition, und bestimmt, daß wenn bei vis eine (dolose oder culpose) Tödtung auf Seite der Angreifer, oder der Angegriffenen vorfalle: so solle dann die vis mit dem Tode bestraft werden [1]). Dabei nahm er aber auch das Gesetz von Theodosius in seinen Codex auf, und eben so die zwischen vis privata und publica noch bestimmt unterscheidenden Rescripte von Diocletian, ein die gleiche Unterschei-

1) Just. Cod. IX, 12. (ad l. Jul. de vi publ. et priv.) const. 6. vergl. mit Theod. Cod. IX, 10. (e t.) const. 12.

dung anerkennendes Rescript von Caracalla und die Verpönung eines speciellen Falles der Selbsthülfe mit Deportation [2]).

So gab daher schon der alte Codex das Resultat: die Unterscheidung zwischen vis publica und privata ist bestimmt anerkannt, und eben so auch die alte Strafe der vis privata. Todesstrafe aber soll eintreten, wenn Tödtungen vorfallen, oder der Thäter öfters Gewaltthätigkeit begangen hatte, oder infam, oder niedersten Standes war. Auch trat natürlich noch Todesstrafe in allen den Fällen ein, in welchen sie schon nach dem Rechte der Periode der klassischen Juristen begründet war (§. 18.). Denn diese älteren Bestimmungen über Todesstrafe bei vis wurden nie aufgehoben, und erhielten auch durch das Citirgesetz Valentinians III. neue Bestätigung.

II. Eine auch nur in etwas genauere Festsetzung darüber, was als vis publica, was als privata anzusehen sey, konnte aus den Constitutionen der Kaiser nicht entnommen werden. Diese Festsetzung mußte daher Justinian in seinen Institutionen und Pandekten geben [3]). Hier folgte er einfach dem Grundsatze, alle schwereren Fälle zur vis publica zu rechnen [4]). Da

2) Just. Cod. IX, 12. h. t. const. 8. const. 2—5. const. 7. VIII. 4. (unde vi) const. 4.

3) In den meisten Beziehungen kann hier auf die Ausführung in den §§. 5. 14—16 u. 18. verwiesen werden.

4) Viele unserer Schriftsteller, namentlich ältere, wollen hier ein ganz anderes Princip finden, z. B. die vis publica sey ein Verbrechen, durch welches jus publicum violatur, bonum publicum laeditur; privata dagegen, qua privati tantum jus intercipitur, privatum bonum laeditur (Jac. Gothofredus Comm. ad tit. Dig. de reg. juris. ad I, 152 in fin. Aehnlich auch schon Cujacius paratitl. in Cod. IX, 12.); oder vis pu-

er nun zu diesen schwereren Fällen auch jede vis armata stellte: so konnte er dann wohl in den Institutionen, in denen er überhaupt nur kurze, und namentlich für das Criminalistische nur flüchtige, Umrisse giebt, wenigstens gewissermaßen das Bewaffnetseyn als Distinctivcharakter zwischen beiden Arten der vis angeben (§. 13.).

So gehörte daher nach dem neuesten Justinianischen Rechte zur vis publica:

a) jede mit Waffen verübte Gewaltthätigkeit, Waffenvorräthe, oder Bewaffnete auf ungewöhnliche Weise sammeln und Waffentragen an öffentlichen Orten, also namentlich die Fälle, welche §. 16. unter Nr. 1—3. und unter Lit. e. angeführt sind;

b) die Fälle, welche nach §. 14. schon ursprünglich zur vis publica gehörten [5]);

c) die im §. 16. unter Nr. 4—6. und Nr. 8., ferner unter Lit. d. angeführten Fälle;

---

blica sey crimen, quo securitas publica turbatur; privata aber, quo securitas privata turbatur. (Harprecht Comm. in Inst. L. IV. tit. 100. §. 8.). Allein man darf nur den Pandektentitel de vi publica lesen, um sich zu überzeugen, daß Justinian durch solche Principien sich nicht leiten ließ. Vergl. namentlich D. de vi publica l. 5 pr. l. 5. §. 3. 4. Ueberhaupt wird ja eigentlich durch jede vis die securitas publica verletzt.

5) Gewöhnlich behauptet man, jede von einem Beamten durch Amtsmißbrauch, und jede gegen einen Beamten begangene Gewalt sey nach Justinianischem Rechte vis publica. Allein dies ist wohl zu weit. Denn nirgends spricht Justinian so allgemein, und man wird sich daher wohl auf die im §. 14. angeführten Fälle beschränken müssen. Uebrigens wird meist aus andern Gründen die Gewalt gegen Beamte unter die vis publica fallen, z. B. wegen Waffen, oder wegen der Absicht, eine turba oder seditio gegen den Beamten zu veranlassen.

d) Raub bei Gelegenheit einer Feuersbrunſt verübt [6]).
e) Entführung und Nothzucht [7]);
f) ein Fall der Selbſthülfe [8]).

Die regelmäßige Strafe für dieſe Fälle iſt Deportation. In einigen derſelben aber iſt auf Todesſtrafe zu erkennen (§. 18.), und in allen findet Todesſtrafe Statt, wenn der Verbrecher mehrmals Gewaltthätigkeit verübte, oder eine Perſon niederſten Standes oder ein Infamer iſt [9]).

In allen übrigen, unter a—f. nicht angeführten Fällen der vis iſt die Gewaltthätigkeit vis privata [10]). Die Strafe iſt hier Confiscation des dritten Theils des Vermögens, und Infamie; nicht aber auch, wie Manche noch nach dem neueſten römiſchen Rechte annehmen, Relegation. Denn dieſe läßt Juſtinian an den Orten, wo er von den Strafen für die vis privata überhaupt ſpricht, durchaus weg [11]), und konnte es auch um ſo mehr, als er ja alle ſtrafbaren Fälle zur vis publica geſtellt hatte. Nur für einen ſpeciellen Fall ließ er auch die Relegation beſtehen [12]). Dagegen wird man bei

---

6) D. de vi publ. l. 3. §. 3. Bewaffneter Raub war wegen des unter a. Angeführten vis publica.

7) D. de vi publ. l. 5. §. 4. l. 5. §. 2.

8) Not. 2. und §. 19. not. 7.

9) C. IX, 12. (h. t.) const. 8 in fin. Dieſe Beſtimmung wird gewöhnlich in unſern Lehrbüchern völlig übergangen.

10) Vergl. §. 16 a. E. §. 17. u. tit. D. de vi priv.

11) D. de vi priv. l. 1 pr. l. 8. J. 4. 18. (de vi publ. jud.) §. 8.

12) D. XLVII, 9. (de vi incend. ruin.) l. 4. §. 1. Martin Lehrb. d. Crim.-R. 2te Aufl. §. 187. Ueber die beſondern Strafen der Selbſthülfe und das Verhältniß der

der ganz allgemeinen Sprache der const. 8. C. h. t. behaupten müssen, daß auch bei vis privata Solche, welche mehrmals vis verübten, und Infame, so wie Personen niederſten Standes, mit dem Tode zu bestrafen ſind. Auffallend iſt dies allerdings, und es wird dieſer Punkt hier, wie bei der vis publica, in unſern Lehrbüchern gewöhnlich gar nicht berührt. Allein es iſt dieſe Beſtimmung um ſo mehr auch bei der vis privata anzunehmen, als bei ihr die const. 8. für die honeſtiores gerade auf die Strafe der vis *privata* verweiſt.

Einen Fall endlich ſtellt Juſtinian ſowohl zur vis privata, als zur publica [13]). In dieſem wird daher nach Juſtinians Sinn, wenn er überhaupt ſich dabei etwas gedacht hat, dem Ankläger das Recht einzuräumen ſeyn, auf die eine oder die andere Strafe der vis zu klagen, oder beim Inquiſitionsprozeſſe dem Richter, nach ſeinem Ermeſſen und gehörigem Erwägen der Umſtände auf die härtere oder geringere Strafe zu erkennen.

III. Aus der Darſtellung der Geſchichte des crimen vis ergiebt ſich, daß an dem Begriffe und Thatbeſtande des Verbrechens, wie ihn die klaſſiſchen Juriſten gebildet hatten (§. 18.), in der ſpätern Zeit ſich nichts änderte. Die Legislation der Kaiſer bezog ſich blos auf die Strafe und die für die Strafe einfluß-

---

Selbſthülfe zum crimen vis überhaupt muß in einer beſondern Abhandlung gehandelt werden. Vorzüglich iſt darüber zu vergleichen Linde in der Gießener Zeitſchrift für Crim.-R. und Prozeß, Bd. 2. S. 592—435.

13) D. de vi priv. l. 2. u. de vi publ. l. 10. §. 1. Vergl. auch §. 15. bei Note 11.

reichen Abstufungen des Verbrechens. Ueber den Begriff und Thatbestand des Verbrechens ist aber hier noch Einiges zu bemerken:

1) Ich habe im Anfange dieser Ausführung behauptet, daß die Römer zum crimen vis beinahe nichts Heterogenes, beinahe nichts, das nicht den Charakter wahrer vis an sich trüge, gerechnet haben. Es dürfte sich dieses durch die ganze bisherige Ausführung und durch das im Bd. XI. S. 635 f. dieses Archivs Entwickelte bestätigen. Nur zwei Fälle wurden theils schon in der lex Plotia, theils in der Julia dem crimen vis beigezählt, welche nicht unbedingt jenen Charakter an sich tragen, nämlich das Bewaffnetseyn und Waffensammeln, und die Bestimmungen, welche auf Begräbniß und Leichen sich beziehen. Allein was den letztern Fall betrifft: so wird bei diesem meist die Handlung in wahre vis gegen Lebende übergehen, und da, wo dies nicht der Fall ist, lag es doch sehr nahe, gewisse empörende Handlungen gegen Todte aus sehr natürlichen Gründen in die Kategorie einer wahren vis gegen Lebende zu setzen. Was aber das Bewaffnetseyn und Waffensammeln anbelangt: so könnte man hier schon sagen, daß dieses auf gewaltthätige Absichten schließen lasse. Indessen würde dies doch für das bloße Waffentragen an öffentlichen Orten eine etwas zu weit gehende Präsumtion involviren. Allein die Sache erklärt sich auch auf eine andere Weise. Die Römer verbanden mit ihren leges gar häufig auch solche polizeiliche Anordnungen, welche gerade auf die ganze Tendenz der lex sich beziehen. Beispiele hievon geben die lex Cornelia de sicariis und die lex Cornelia de falsis. Nun war es aber schon ein altes und

für die römischen Verhältnisse sehr erklärbares Polizeigesetz, daß in Rom Niemand bewaffnet an öffentlichen Orten erscheine [14]). Sehr natürlich war es, dieses Polizeigesetz mit den quaestiones de vi in Verbindung zu bringen, und so wurde es schon von der lex Plotia und von den späteren leges de vi in sich aufgenommen.

2) Wie unterscheidet sich das crimen vis vom römischen Standpunkte aus von andern Verbrechen? Die Ansichten hierüber sind bei den Schriftstellern sehr getheilt. Indessen wird die Frage von ihnen mehr vom Standpunkte des römisch-deutschen Rechts und unseres Inquisitions-Prozesses aus untersucht, und deshalb wird auf diese verschiedenen Ansichten erst in dem folgenden Abschnitte näher einzugehen seyn.

Was das reine römische Recht betrifft: so beruht das Wesen des *crimen vis* auf einer Beschränkung des Willens, der Freiheit des Entschlusses einer Person [15]). Dieses ist auch das einfache und scharfe Unterscheidungsmerkmal dieses Verbrechens von andern Verbrechen. Am meisten verwandt mit dem crimen vis sind Tödtungen, Verwundungen, Injurien, Sachbeschädigungen und das Majestätsverbrechen.

Allein von allen diesen unterscheidet sich das crimen vis ganz scharf durch das angeführte Merkmal. Denn bei keinem dieser andern Verbrechen ist Beschränkung des Entschlusses des Verletzten und seiner Freiheit wesentlich. Sie können auch auf andere Weise begangen werden. Zwar kann mit dem crimen vis eine Töd-

14) Sanio obss. ad l. Corn. de sicar. p. 76 f.

15) §. 18.

tung u. dgl. verbunden oder Ersteres als Mittel zu diesen andern Verbrechen gewählt seyn. Allein dann steht es dem Ankläger frei, sich an den Gesichtspunkt zu halten, der ihm für seine Anklage der sicherste scheint, also entweder wegen vis oder Hochverraths oder Mordes u. s. w. zu klagen. Manche haben dies zwar läugnen, und schon nach römischem Rechte behaupten wollen, zum crimen vis gehöre, daß die verübte Gewalt nicht die sämmtlichen Kennzeichen eines andern, für sich bestehenden, öffentlichen, oder wie Andere wollen, schwereren Verbrechens an sich trage. Man beruft sich zu diesem Zwecke auf D. de vi publica l. 10. §. 1.: „hac lege tenetur, qui convocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur et pulsetur, *neque homo occisus sit*", und auf die ganz gleichlautende l. 2. D. de vi priv. Mit Recht erklärte sich aber Henke[16]) neuerlich gegen diese Ansicht, indem er sich auf die l. 7. D. de vi publ. beruft, nach welcher ja ohne allen Zweifel bei einer Tödtung ex lege Julia de vi geklagt werden kann. Es streitet aber auch gegen jene Ansicht noch ein anderer, wie mir scheint, sehr bedeutender Grund. Würde in einem solchen Falle, von welchem die angeführten Stellen sprechen, eine Tödtung bei der vis vorfallen, und dann der Ankläger blos auf die Gesetze wegen Tödtungen verwiesen seyn: so wäre es ja oft der Fall, daß vis mit Tödtung verbunden gelinder zu strafen seyn würde, als vis ohne Tödtung. Denn die Tödtung könnte ja auch eine culpose seyn, deren arbiträre Strafe bisweilen, und

16) Handb. des Crim. R. Th. III. S. 155.

bei vis publica wohl immer, geringer wäre, als die der vis [17]).

Wie soll aber jenes „*neque homo occisus sit*" erklärt werden? Henke erklärt es so: wenn der Vergewaltigte in Folge der Verletzung nicht starb: so sey blos Anklage wegen vis begründet, im entgegengesetzten Falle aber habe der Ankläger zwischen mehrern Strafgesetzen die Wahl. Bei dieser Erklärung ist mir aber doch das bedenklich, daß die Stelle selbst auf eine solche Beziehung gar nicht hindeutet. Ließe sich nicht dagegen durch Folgendes die Stelle vollkommen erklären? Es wurde oben angeführt, wie bedeutend Justinian das Edict Constantins vom Jahr 317 umänderte und in einer völlig andern Gestalt in seinen Codex aufnahm. In diesem giebt er unter Constantins Namen blos die Bestimmung, daß, wenn bei der vis eine Tödtung vorfalle, das *crimen vis* unbedingt mit dem Tode bestraft werden solle [18]). Diese auffallende Umänderung des Constantinschen Gesetzes konnte Justinian, oder seinem Tribonian bei der Verfassung der Pandekten nicht außer Gedächtniß seyn. Nun nimmt er aber zwei Stellen in die Pandekten auf, welche von persönlichen Mißhandlungen durch zusammengerottete Mannschaft handeln. Hier gerade kommen Tödtungen (namentlich durch culpa dolo deter-

17) Dieser Umstand dürfte auch darauf aufmerksam machen, zu welchen mißlichen Consequenzen es führen kann, wenn man nach deutschem Recht der Ansicht der Dissentienten beistimmt, wie es gewöhnlich geschieht. Im folgenden Abschnitte wird dies durch auffallende Beispiele aus unserer Praxis belegt werden.

18) C. h. t. const. 6. S. auch oben Note 1.

minata) leicht vor. Das „*eadem lege tenetur*" aber, mit welchem beide Stellen beginnen, müßte man im Zweifel auf die in denselben Titeln bezeichneten Strafen der Deportation und der Confiscation des dritten Theils des Vermögens beziehen. Konnte nun nicht Justinian blos deshalb das „neque homo occisus sit" beigefügt haben, um diese Beziehung für den Fall auszuschließen, wenn Tödtungen vorfallen, und um so die Pandekten mit dem Codex in Einklang zu bringen und Mißverständnissen vorzubeugen? Es hätte dann dieses „neque homo occisus sit" blos die Bedeutung, daß nicht die ordentliche Strafe der lex Julia, sondern Todesstrafe eintrete, wenn bei der vis auf irgend einer Seite, sey es auf der der Angegriffenen, oder der der Angreifer [19]), Jemand getödtet werde.

8) Daß bei der Ausbildung der Grundsätze über crimen vis vielfach eigenthümliche Verhältnisse des römischen Volks einwirkten, ist nicht zu läugnen. Es ist dies die natürliche Erscheinung, die wir bei allen Hauptpunkten eines jeden allmählig sich ausbildenden positiven Criminalrechtes finden werden. Allein auf die Bestimmung des Begriffes und gesammten Thatbestandes des *crimen vis* überhaupt wirkten solche eigenthümliche Verhältnisse nicht ein. Diese Verhältnisse erzeugten zuerst blos die Creirung der quaestio de vi; sie hatten sodann Einfluß auf die Frage, welche specielle Fälle diese quaestio umfassen soll

19) Const. 6. cit. Dadurch erklärt sich wohl auch allein das allgemeine „homo." Nach der entgegengesetzten Ansicht könnte es blos auf den Angegriffenen gehen. Dann müßte aber statt „homo" wohl ein anderes Wort stehen.

(eben die bei den damaligen Verhältnissen wichtigsten und dringlichsten); sie begründeten theilweise die vielen Abänderungen in der Strafe und in den Bestimmungen der auf die Strafe einflußreichen Momente. Allein die Aufstellung eines allgemeinen Begriffes und Thatbestandes von *crimen vis* war Sache der Wissenschaft und einer durch keine besondern Nationalverhältnisse motivirten juristischen Abstraction (§. 18.), und so kann gerade dieser Punkt, der für uns der wichtigste ist, nicht aus dem Grunde bei uns für unpraktisch erklärt werden, weil bei uns ganz andere öffentliche Verhältnisse Statt finden. Wollte man dieses läugnen, so müßte man noch weit mehr die Anwendbarkeit aller römischen Bestimmungen, über Falsum, Stellionat, Majestätsverbrechen, ja über beinahe alle Verbrechen in Abrede ziehen. Selbst die Ansicht kann nicht gebilligt werden, daß die Römer das crimen vis in der früher beschriebenen allgemeinen Richtung gerade zu dem Zwecke bildeten, um es als Aushülfsverbrechen für Fälle zu benutzen, die sonst nach andern leges nicht als öffentliche Verbrechen behandelt werden können. Es ist dies eine Ansicht, die in neuerer Zeit öfters aufgestellt wurde, und welche ich auch in meinem Lehrbuche (Bd. II. S. XX f.) aussprach. Allein von einer solchen Tendenz bei der Bildung des crimen vis finden wir keine Spur in unseren Quellen. Auch spricht dagegen ganz schon der Umstand, daß die römischen Juristen bei ihrer theoretischen Entwicklung sich ganz an das Wesen wahrer Gewaltthätigkeit, einer wahren Beschränkung des Entschlusses einer Person halten [20]), und dadurch dieses Verbrechen scharf von

20) Meine Abhandlung in diesem Archiv Bd. XI. S. 655 f.

den andern trennen. Dies fällt noch unläugbarer in die Augen, wenn wir die Stellen vergleichen, welche von einem wahren Aushülfsverbrechen handeln [21]). Die römischen Juristen sprechen nirgends beim crimen vis so, wie sie in dieser Hinsicht beim Stellionate reden.

(Der Beschluß folgt im nächsten Hefte.)

21) Vergl. den tit. Dig. XLVII, 20. Stellionatus.

VIII.

Ueber die verschiedenen Arten strafbarer Tödtung und ihr Zusammenfassen in einen Gattungsbegriff mit Rücksicht auf den Begriff der Entwendung, insbesondre von der fahrlässigen Tödtung und von dem Unterschiede zwischen Criminal- und Civilverbrechen nach gemeinem deutschen in Vergleichung mit dem französischen Rechte.

Von

Birnbaum.

(Fortsetzung des in Heft I. Nr. III. abgebrochenen Aufsatzes.)

§. V.

Nach dem Vorhergehenden ist es nicht zu bezweifeln, daß das Wort Todtschlag in der Carolina einen bei weitem beschränktern Sinn habe, als Wächter annimmt, und selbst in seiner weitern Bedeutung, in welcher es auch nicht böslich [51]) geschehene Tödtungen begreift, ein technisches in seiner Unterscheidung von dem Worte Tödtung auf richtigen psychologischen

51) Vgl. den Titel vor Art. 130. „Hernach folgen etlich böse Tödtung" mit Art. 142: „nit aus entschuldigter Notwer sondern böslich."

Ansichten beruhendes sey. Das Wort Tödtung aber wird überall nur in ganz allgemeinem und nirgends in einem technischen Sinne gebraucht, und was die Tödtungen von Menschen angeht, sofern ein Mensch als Ursache derselben gedacht wird, sey es, daß ihm dabei eine Schuld zur Last gelegt werde oder nicht, so sind dieselben nach dem System der Carolina entweder absichtlich oder unabsichtlich. Bei jenen, insofern sie als Verbrechen angesehen werden, kommt nur zunächst die Eintheilung in Mord und Todtschlag im engern und eigentlichen Sinn in Betracht. Daß bei Festsetzung dieser Eintheilung hauptsächlich dem Gesetzgeber die römischen Begriffe von *propositum* und *impetus* vorgeschwebt haben und das neben beiden in den römischen Gesetzstellen genannte *casu occidere* zur Richtschnur für die Begriffe von ungeverlicher Entleibung gedient habe, soll nun zunächst in diesem und im folgenden Abschnitt nachgewiesen werden. Das Wort vorsätzlich, das der Gesetzgeber in Beziehung auf Mord gebraucht, ist hierbei eben so eine Uebersetzung von *propositum*, wie das in Beziehung auf Todtschlag gebrauchte Wort Jächheit eine reine Uebersetzung des Wortes *impetus* ist [52]). Man muß aber nicht

52) Vgl. L. 11. §. 2. D. de poenis. Das Wort *casus* bezeichnet im römischen Criminalrechte, wie auch das Wort *fortuito*, oder wie in der Carolina das Wort ungeverlich, nicht allein das ganz Zufällige, durch Verbindung der Worte *casu fortuito* sonst Ausgedrückte, sondern auch die *culpa*. In der vorliegenden Stelle hat es die letzte Bedeutung, und wie in derselben *casus* dem *impetus* und *propositum*, in der L. 5. §. 2. D. eod. tit. allein dem *consulto* als dem *genus* von *propositum* und *impetus* entgegensteht, und das Wort *proposito* zuweilen auch im weitern Sinne statt *consulto*, volun-

nicht glauben, die Worte des Art. 137. aus Gecheyt und Zorn seyen so zu verstehen, als stünde: aus Gecheyt oder Zorn, und als könnte blos durch Zorn die Jächheit oder dasjenige begründet werden, wodurch der Begriff des Vorsätzlichen oder Vorbedachten ausgeschlossen, und die Tödtung im Gegensatze von Mord zum Todtschlag würde. Auch die Römer sprechen nicht blos vom *impetus iracundiae*, sondern auch vom *impetus ebrietatis*, und zwar gerade in einer Stelle [53]), auf welche Karl V. im Artikel 148

---

luntarie, *sponte* gebraucht worden seyn mag, so wird auch in der Carolina das Wort fürsätzlich oft im weitern Sinne für Alles gebraucht, was nicht ungeverlich; im engern Sinne nur für das, was weder ungeverlich noch aus gecheyt geschehen.

53) Die eben angeführte L. 11. §. 2. D. de poenis. In dem ersten Satze: *propositio* delinquunt *latrones* qui *factionem* habent, stellt sich der Rechtsgelehrte unbezweifelt einen zufolge eines Komplots oder durch eine Räuberbande, was der Römer mit dem technischen Ausdruck *factio* bezeichnete, begangenen Mord vor. Dies bestätigt der eigenthümliche Begriff des römischen *Latrocinium*, auf den L. 28. §. 10. 15. D. eod. tit. hindeutet durch die Worte *latrones furca figendos placuit, ut solutio sit cognatis interemptorum poena reddita eodem loco in quo latrones homicidia fecissent.* Der erste Satz der L. 11. §. 2. D. de poenis stimmt also einigermaßen überein mit den Worten der C. C. C.: „so etlich Personen mit fürgesetztem und vereinigten Willen und Mut jemand böslich zu ermorden, einander hilff und beystandt thun." Die folgenden Worte der L. 11. laud.: delinquitur *impetu* si per *ebrietatem* ad *manum vel ad ferrum* venitur, gehen auf die gewöhnliche Entstehungsart der Raufhändel, und entsprechen sonach denen der Carolina; „so etlich Personе ungeschichts in einem schlagen oder gefecht bey einander weren, einander helffen, und jemandt also on genugsam ursach erschlagen würd." Der dritte Satz: *casu* delinquitur cum in venando telum in feram mis-

sowohl bei der Bestimmung über den noch eingegangenem Komplot von Mehreren gemeinschaftlich verübten Mord, als bei der über den Todtschlag in Raufhändeln Rücksicht genommen zu haben scheint, was sich besonders aus der Vergleichung der Carolina mit Salwechter [54]) nachweisen läßt, dessen Werk, jemehr man es mit der Carolina vergleicht, um so mehr zu dem Gedanken führt, es könnte selbst zum Behufe eines Reichsprojects ausgearbeitet worden seyn.

---

sum *hominem interfecit*, bestätigt auch die Beziehung der zwei andern Sätze auf Tödtung und entspricht der Lehre der C. C. C. von ungeverlicher Entleibung, wie noch zu zeigen ist.

54) In Cap. 82, wo von strenger Strafe der Mörder die Rede ist nach deutschem und römischem Recht, beruft er sich ausdrücklich auf die eben erwähnte Strafe der *latrones* in L. 28. §. 15. D. de poenis. Dagegen wird mit Berufung auf L. 38 §. 8. D. ad leg. Jul. de adult., wo von *impetus doloris*, und L. 11. §. 2. D. de poenis, wo von *impetus ebrietatis* die Rede ist, in Cap. 92 und Cap. 95. von Todtschlag in Hitze des Zorns und von Todtschlag in Trunkenheit geredet, und behauptet, beide wurden mit dem Tode nicht bestraft, obschon sonst Cap. 77. gesagt wird, alle Todtschläger seyen mit dem Tode zu strafen. In Hinsicht auf den ersten Satz beruft sich der Verfasser auch auf L. 6. §. 7. D. de re militari, wo indessen nur von Selbstmord die Rede ist, aber allerdings die den Soldaten gedrohte Kapitalstrafe für nicht anwendbar erklärt wird, wenn sie die That gethan hätten *per vinum lapsi*, d. h. nach römischer Theorie *impetu*; oder *per lasciviam lapsi*, d. h. wie später noch näher zu erklären ist, *lata culpa*. In diesen Fällen sollte geringere Strafe eintreten, die Kapitalstrafe also nur bei überlegtem Selbstmord. Den *impetus* könnte man übrigens als einen *dolus culpae proximus* bezeichnen, wie die *lascivia* und *culpa dolo proxima* bezeichnet wird.

Daß nach der Absicht Karls V. das Wort vorsätzlich [55]) den Mord von dem verbrecherischen

55) Dem Vorsätzlichen in der Lehre der Carolina von der Tödtung, wie dem römischen Worte *propositum*, entspricht in altdeutschen Rechtsquellen das Wort vorrat, welches aber nicht mit dem Verrath als eigenem Verbrechen verwechselt werden darf, obgleich in der schon oben erwähnten, von Böhmer nur halb gegebnen Definition von Mord, welche die Utrechter Statuten enthalten, das Verrätherische besonders hervorgehoben wird. Rubr. XLIII. Art. 1. heißt es: „wy verstaen Moort verhohlen Doodslogen, ghedaen by voorsienige rade, die de facteur verradelycken doet, sonder roepen ofte waerschouwen." Da diese Statuten unter Karl V. gemacht wurden, und Utrecht bis zu diesem Kaiser sogar zum westphälischen Kreise gehörte, so sind sie überhaupt für die Geschichte des deutschen Strafrechts nicht unwichtig. Ueber vorrat und verrath vgl. Haltaus und Wachter. Auch das Wort opsat oder opset bedeutet zuweilen Vorbedacht, zuweilen aber blos Absicht. Es kommt endlich auch das Wort Vorsatz oder voorsat schon sehr frühe und vor der Carolina vor als gleichbedeutend mit dem Ausdruck: mit wohlbedachtem Muth oder aus eygnem bedachten argen Gemuet, gegenüber dem trunkenen oder haftigen Muth oder dem gähe beschehenen, in dem von Wicht herausgegebenem ostfriesischen Landrecht und bei Tengler, die mit Salwechter und der Carolina in dieser Hinsicht sehr übereinstimmen. Doch ist zu bemerken, daß das Wort *vorsate* oft auch mit *propositum* für gleichbedeutend fälschlich genommen wird, z. B. von Pufendorf Observat. Jur. Vol. I. p. 222. in den Randglossen zu den Statut. Stadens. vom J. 1279, und von De Rhoer in den Anmerkungen zum Groninger Stadtbuch von 1425 im 5ten Band der Verhandelingen van het Genootschap pro excol. jure patr. Groning. 1829. p. 98. In diesen Rechtsdocumenten wie in andern, z. B. in dem alten Stadtrecht von Rüthen vom J. 1178 bei v. Kamptz Th. II. S. 697, im alten Rigischen Recht herausgegeben von Oelreichs, Stadtrecht Th. IX. c. 1—8. S. 47—49, Landrecht cap. 80—86. S. 99—101, kommt *vorsate* in Verbindung mit *heemsoking* als eignes Verbrechen vor, von dem aber weder in den Glossarien von Schilter, Scherz, Haltaus und Wach-

Todtschlag unterscheiden sollte, sieht man auch daraus, daß der Artikel 148, der sowohl von dem von Mehreren begangenen Morde, als von dem von Mehreren begangenen Todtschlage handelt, überschrieben ist: „Straff der jhenen, so eynander in morden, schlahen und rumoren fürsetzlich oder unfürsetzlich beistandt thun," wobei es klar ist, daß unter dem unfürsetzlichen beistandt nicht etwas Absichtsloses verstanden werden kann. In der Endredaktion des Artikels 137, in dessen früherer Abfas-

---

ter, noch in den Werken über Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer etwas steht. Vielleicht war zwischen *heemsoking* und *vorsate* ein ähnlicher Unterschied, wie zwischen Diebstahl und Raub, zwischen Mord und Todtschlag nach den ältesten germanischen Begriffen. Daß übrigens nicht aus diesen, sondern aus römischen Begriffen der Todtschlag im Sinne der Carolina hauptsächlich erklärt werden müsse, hoffe ich später in einer besondern Abhandlung auszuführen. Wenn Jarcke in Hitzig's Zeitschrift Heft VII. S. 129. und Handbuch Th. III. S. 543. das Gegentheil sagt, so steht er gewissermaßen mit dem in Widerspruch, was er selbst Heft VI. S. 299 Note vorbringt, und die Stellen, die er Heft VII. S. 155 und S. 137. in den Noten, aus Wicht und Temgler citirte, hätten ihn überzeugen können, daß die Unterscheidung des Todtschlags in Mord und Todtschlag im engern Sinn, wie sie im ostfriesischen Landrecht und im Layenspiegel vorliegt, so wie die Unterscheidung zwischen *tuer d'opsat ou conspiration* und einfachem *homicide de volonté* in dem der Mitte des funfzehnten Jahrhunderts angehörigen Limburger Landrechte, zwischen der moortdadig und opsettelib und der nyt hewiger mort sonder opsat begangnen Tödtung in alten geldrischen Landrechten, und ähnliche Unterschiede schon bei Beaumanoir und in der Lex Burgundionum, eigentlich nur durch römischen Einfluß entstanden und im Grunde nur die römische ist, auf welche die früher in ganz anderm Sinne gebrauchten germanischen Benennungen angewendet wurden. Dies soll jedoch, wie gesagt, anderswo ausgeführt werden.

sung die Worte standen: „der eyn todtschlag unfürsetzlich oder aus geilheit und Zorn gethan, ist das Wort unfürsetzlich weggestrichen worden und die Worte oder aus geilheit und Zorn sind allein stehen geblieben, mit Umänderung des Worts Geilheit in gecheit. Die Ursache scheint mir leicht aufzufinden zu seyn. Nach früherem Sprachgebrauch wurde, wie schon gesagt auch der Mord ein Todtschlag geheißen, und nach diesem Sprachgebrauch, der sich noch bei Salwechter und bei Tengler, also in dem ostfriesischen Landrecht von 1515 findet, war auch die ursprüngliche Redaktion des Artikels 137. geschehen und deshalb darin von einem unfürsetzlichen Todtschlag die Rede, wobei zur Erklärung des Worts unfürsetzlich die Worte oder aus geilheit und Zorn hinzugefügt wurden, womit man das römische *per lasciviam* et *iracundiam*, also die *lata culpa* und den *impetus* bezeichnen wollte. Da aber nach reiflicher Ueberlegung der Gesetzgeber wollte, daß das Wort Todtschlag künftig allein von unvorsätzlicher, jedoch absichtlicher Tödtung gelten solle, so strich er das Wort unfürsetzlich als überflüssig weg, und setzte die Worte oder aus gecheit und Zorn nun zur Erklärung des Wortes Todtschlag hinzu, wobei das Wörtchen oder keineswegs aus Vergessenheit stehen blieb, sondern mit den folgenden Worten das ausdrücken sollte, was besser die Worte: oder eine willigliche Tödtung aus Jächheit und Zorn, ausgedrückt hätten, um mit den nachfolgenden Worten: wenn der Thäter sunst auch gemelte Entschuldigung nit het, eine vollständige Definition von Todtschlag als Ver-

brechen zu geben. Andrer Meinung ist Wächter [56]), indem er annimmt, das Wörtchen oder sey aus Nachlässigkeit stehen geblieben, und daß das Wort unfürsetzlich des früheren Entwurfs weggestrichen worden, beweise nur, daß man in Beziehung auf Strafe die culposen Todtschläge nicht den dolosen aus Affect gleichsetzen wolle. Allein ich glaube schon hinreichend dargethan zu haben, daß die Carolina wenigstens, den Begriff von Todtschlag, wenn er auch früher allgemeiner nach deutschem Sprachgebrauch gewesen ist, auf absichtliche Tödtungen eingeschränkt, und auch den Begriff von Mord davon ausgeschlossen habe. Uebrigens sagt schon Salwechter, obschon er sonst das Wort Todtschlag in weiterm Sinne nimmt und nicht nur allein vom Morde gebraucht, wie eben gezeigt worden ist, sondern auch in dem Titel von Entleibung, welche unversehens geschieht, ohne Argliſt und Absicht, von Dootslach redet (wenn dies Wort anders nicht eine unvollkommene Uebersetzung des Worts Tödtung ist), in dem Kapitel, das mit Beziehung auf L. 31. D. ad leg. Aquil. und L. 7. D. ad legem Cornel. de sicar. von dem Falle der Tödtung durch Holzfällung redet [57]), der Urheber, wenn er ge-

56) Lehrbuch S. 152. Wächter hat dabei übersehen, daß die ursprünglichen Worte des Projects von 1529 hießen: „oder aus geilheit und Zorn", welcher Zusammenstellung ähnlich die in Note 54. genannte römische ist: „per *vinum* aut *lasciviam*."

57) Vgl. Kap. 77. 78. 82. 83. 85. Die Lehre von der Tödtung beginnt übrigens nach Kap. 76, das überschrieben ist vom *Repressalien* und dem Art. 129. der Carolina von böslicher Befehdung entspricht, im Kap. 77, wie die Carolina bei Art. 130, mit der Vergiftung

rufen habe, könne nicht als Todtschläger, und selbst wenn ihm dabei Fahrläſſigkeit zu ſchulden komme, nicht am Leben geſtraft werden; denn wo die Strafe von manſlacht (welches eigentlich der ſächſiſche [58]) Ausdruck für Todtſchlag iſt), Statt finden ſolle, da müſſe die That mit üblem Muth, mit Willen und Abſicht geſchehen ſeyn [59]). Ganz gewiß hat die Carolina den Begriff von Todtſchlag eben ſo aufgefaßt, und in der Unterſcheidung dieſes Verbrechens von der ungefährlichen Entleibung ſich nicht, wie Jarcke will [60]), an die Lehre des Schwabenſpiegels und Sach-

---

und geht in einer der Carolina ähnlichen Ordnung bis zu Kap. 105, wo von den in Kirchen geflüchteten Mördern die Rede iſt.

58) Eigentlich auch im Sachſenſpiegel Bd. II. art. 15. §. 5: „die den *man flat.*" Das engliſche *manslaughter* hat jedoch nicht ganz dieſelbe Bedeutung als unſer Todtſchlag. Auch ſcheint *manſlach* urſprünglich Tödtung eines Freien im Gegenſatz von Tödtung eines Knechts bedeutet zu haben, folglich vom römiſchen *homicidium*, dem es der Etymologie nach nahe ſteht, verſchieden und beider genus auch in Sachſen *dotſlach* geweſen zu ſeyn. Vgl. Sachſenſpiegel Bd. II. art. 15. §. 5. mit art. 16. §. 1; 54. §. 1.

59) Merkwürdig iſt es, daß der Fall des *putator ex arbore*, der mit dem *ferrum manu elapſum* ſchon in der *Lex Saxon.* Tit. XII. zuſammengeſtellt iſt, in der Gloſſe zum Sachſenſpiegel Bd. II. art. 15. und art. 58. mit Berufung auf römiſches Recht, und eben ſo im Schwabenſpiegel, jedoch mit härteren Strafbeſtimmungen, bei Senkenberg cap. 231. 252, in gleichem Zuſammenhange vorgetragen, daß er ferner aus der Gloſſe des Sachſenſpiegels mit den nämlichen Worten in das um die Mitte des funfzehnten Jahrhunderts redigirte Stadtrecht von Kleve, nach dem Haager Manuſcript Kap. 126, übergegangen, und nach gleichen Grundſätzen bei Salwechter abgehandelt iſt.

60) Hitzig's Zeitſchrift Heft VII. S. 135.

sensspiegels angeschlossen, sondern mehr an das römische Recht, wie es schon in der Glosse zum Sachsenspiegel, und bei Salwechter angewandt ist, wobei es noch bemerkt zu werden verdient, daß eben diese Glosse in Vergleich mit dem Texte in alten niederländischen Handschriften eine Vergleichung des Kaiserrechts mit dem Sachsenrechte genannt wird, und was namentlich die Lehre von der Tödtung angeht, in Ländern fränkischen Rechts schon in der Mitte des funfzehnten Jahrhunderts praktisch geworden war, wie eben die fast wörtliche Uebereinstimmung derselben mit dem Klever Stadtrecht beweist [61]). Es ist also auch falsch, wenn Jarcke behauptet, der Begriff und Thatbestand des Todtschlags könne nur aus dem deutschen Rechte abgeleitet werden, und genau genommen sey er im Systeme der C. C. C. eine besondre Art der Tödtung, die weder entschieden dem dolosen Morde, noch viel weniger den culposen Arten der Tödtung beigezählt werden könne [62]). Diese Ansicht ist eben so wenig richtig, als die, welche wenigstens unter dem Todtschlag, der rechtmäßige Entschuldigung habe, die Tödtung aus Fahrlässig-

61) Vgl. die vorhergehende Note und dieses Archiv Th. XII. Heft 3. S. 395 u. f. S. 400.

62) Handbuch Th. III. S. 343. 344. Dem dolosen Morde ist es freilich nicht beizuzählen, aber der dolosen Tödtung überhaupt, obschon die Glosse zum Sachsenspiegel das Wort Morden so allgemein nimmt, daß es an einer Stelle mit Tödten für gleichbedeutend, an andern für Tödtung eines Menschen, die, um sein Gut zu haben, oder mit Willen geschieht, erklärt wird, von welcher Ansicht im angeführten Klever Stadtrecht sowohl als bei Salwechter sich Spuren finden.

keit mitbegreift, und wir sind der Meinung, daß dieselbe auf das ungeeignete System führe, nach welchem Feuerbach die Lehre von der Fahrlässigkeit in Beziehung auf Tödtung behandelt, und das baierische Gesetzbuch, das sie sanctionirt hat, große Inconsequenzen in sich aufgenommen hat [65]).

Wir werden darauf in der Folge zurückkommen, wollen aber hier nur noch zur Uebersicht bemerken, daß außer dem Mord und dem Todtschlag im engern und eigentlichen Sinne, d. h. dem nicht entschuldbaren oder nicht rechtmäßigen Todtschlag, nach dem System der Carolina auch noch der völlig entschuldbare oder rechtmäßige Todtschlag, so wie der halbentschuldbare, nach Beschaffenheit der Umstände selbst nur bürgerlich strafbare Todtschlag, Arten der absichtlichen Tödtung bilden, obschon außer dem Mord und eigentlichem Todtschlag nur noch die letzte Art zu den

65) Vgl. Feuerbach's Lehrbuch §. 279. und baierisches Gesetzbuch art. 69. 142. 146. 151. Da die drei letzten Artikel Absicht zu tödten zum Begriff des Verbrechens der Tödtung und ihrer Arten des Mordes und Todtschlags fordern, so ist schwer zu sagen, welche Qualification denn eigentlich der fahrlässigen Lebensberaubung nach dem Gesetzbuch zu geben sey, und consequenter Weise ist durch art. 69. die Bestrafung unachtsamen in Besitz Nehmens fremden beweglichen Guts, das, wenn es mit Dolus geschieht, den Diebstahl bildet, nicht mehr und nicht weniger autorisirt, als das unachtsame Verursachen des Todes eines Menschen, das, wenn es absichtlich geschieht, den Begriff des Verbrechens der Tödtung — des Todtschlags oder des Mords — bildet! Gönner in seinen 1825 zu München herausgegebenen Motiven des neuen Entwurfs S. 34 hat eben so wenig diese Inconsequenz hervorgehoben, als Oersted in seinen Gegenschriften dem Vorwurf derselben begegnet.

bösen Tödtungen gerechnet werden kann. Inwiefern übrigens die Unterscheidung zwischen Mord und Todtschlag, wie sie in der Carolina liegt, im Einzelnen angewandt werden müsse, inwiefern in derselben außer den römischen Begriffen von *propositum* und *impetus* auch noch der altgermanische Begriff von Mord als heimlicher Tödtung Spuren zurückgelassen habe, inwiefern Mord und Todtschlag richtig durch die Ausdrücke [64]) Tödtung aus Leidenschaft und Tödtung im Affect unterschieden werden, in wiefern endlich die Ansichten der Carolina durch die Praxis und der gemeine oder gesetzliche Sprachgebrauch durch Einwirkung philosophischer Begriffe zu seinem Vor- und Nachtheile umgestaltet worden sey: dies zu untersuchen, muß einer besondern Abhandlung vorbehalten bleiben, die wir als fernern Beitrag zur Lehre von der Tödtung demnächst zu liefern uns vorgenommen haben. Vorläufig wollen wir hier nur noch in Hinsicht des englischen, dem deutschen Begriffe von Mord nahe kommenden Begriffs von *murder* auf die trefflichen Untersuchungen von Foster [65]) aufmerksam machen, und auch dies noch erwähnen, daß im schottischen Rechte der Begriff

64) Vgl. z. B. die Recension von Eggers Schrift in diesem Archiv Th. I. S. 679. Wächter Th. I. S. 679 spricht, meiner Meinung nach ganz richtig, von Affect und Fahrlässigkeit als Milderungsgründen, dies hindert aber nicht, die im Affect und aus Fahrlässigkeit begangnen Tödtungen als besondre Arten verbrecherischer Tödtung anzusehen. Vgl. Th. II. S. 152 f.

65) In seinem Report of some procedures on the commission for the trial of the rebels in the year 1746 and other Crown-Cases, to which are added discourses upon a few branches on the Crown-Law. Lond. 1809.

von murder nach Hume's [66]) Darstellung sich mehr an den französischen als englischen Begriff anschließt. Meine Ansichten über die römischen Begriffe von *impetus* und *propositum* sind von mehreren meiner ehemaligen Zuhörer in ihrer Anwendung auch auf mehrere Punkte des französischen Rechts in eignen Abhandlungen dargestellt worden [67]).

§. VI.

Wie nach dem System der C. G. C. vier verschiedene Arten von absichtlicher Tödtung unterschieden werden können, von denen aber nur drei als Verbrechen zu betrachten sind, so lassen sich eigentlich auch vier Arten von unabsichtlicher Tödtung unterscheiden, von denen wieder nur drei als strafbar anzusehen sind, und auch hierin stimmt die C. C. C. in vieler Hinsicht mit dem römischen Rechte überein, oder beruft sich auf dasselbe, wie nun noch näher nachzuweisen ist. Dabei ist nun vor Allem zu bemerken, daß der Verfasser der C. C. C. bei dem Titel von ungeverlicher Entleibung, zu dessen näherer Erklärung die Worte hinzugefügt sind: die wider eynes Thä-

66) Commentaries on the Law of Scotland, respecting Crimes Edinburgh 1819. Vol. II. p. 249—296. Hinsichtlich der Begriffe des schwedischen Rechts sind besonders wichtig Calonii opera, Holmiae 1829, auf die schon Schildener in seinen Bemerkungen über Grimm's Literatur der nordischen Gesetze, Greifswalde 1818. S. 30, aufmerksam macht.

67) Z. B. Winslinger de differentia inter dolosa et culposa delicta, Bruxellis 1824. D'Anethan de meditato delicto, Lovanii 1824. Imbert de crimine infanticidii, Lovanii 1822, und Mascart de parricidio, Lovanii 1828 u. a.

ters Willen geschicht, dasjenige im Auge hatte, was im weitern Sinne auch der Römer *fortuito* oder *casu* oder *involuntarie* oder *per ignorantiam factum* nannte [68]), d. h. Alles was nicht *sponte* oder *voluntarie* oder *consulto* oder *proposito* im weitern Sinne, und in Beziehung auf etwas Unerlaubtes oder Schädliches, was nicht *dolo* oder *fraude* geschah. Was ferner der Römer darunter verstand, wenn er zwei jener Worte zusammensetzend von *casu fortuito factum* sprach, das versteht auch die C. C. C. in Beziehung auf Tödtung unter den Worten von ungeschichten und ganz ungeverlicher Weise [69]), d. h. sie bezeichnen eine völlig zufällige Tödtung, die Niemanden zur Schuld zugerechnet werden kann, was die Franzosen *homicide casuel* oder *homicide involontaire par accident* nennen. Wie dagegen jene Worte einzeln bei den Römern oft auch dasjenige andeuteten, was sonst *culpa* oder *negligentia* hieß [70]), so bezeichnet das Wort un-

68) Vgl. L. 1. §. D. de legibus. L. 5. §. §. L. 28. §. 12. D. de poenis. L. 9. D. de incendio. L. 2. D. de termino moto.

69) Von ungeschichten scheint auch seiner Etymologie nach dem *per ignorantiam* zu entsprechen. Von ungeschichten und ungeverlich ist also Gegensatz von mit Wissen und Willen, *sciens volens*, *sciens dolo malo*, wie ungeverlich der Gegensatz von willigslich. Vgl. art. 154. 145. die Stelle aus Tengler: „so ain Todtschlag auß Zufall *casualiter* .... *ungevarlich* oder von ungeschichten begangen." und Haltaus S. 685 und 1958.

70) Der Ausdruck *per ignorantiam aut fortuito lapides furari* in L. 2. D. de term. moto ist eigentlich ein besondrer Fall der *culpa dolo determinata*. Das *lapides furari* bedeutet einen wirklichen Diebstahl der Steine, das *per ignorantiam fortuito* aber geht auf das

geverlich in der C. C. C. auch die Fahrläſſigkeit. Wie endlich die Römer in ſtrafrechtlicher Hinſicht einen höhern Grad der Fahrläſſigkeit durch die Worte *per laſciviam vel luxuriam* von einem niederen *per imprudentiam vel ignorantiam* im engern Sinne unterſchieden [71]), ſo unterſcheidet auch die C. C. C. zwiſchen ungeverlicher Entleibung aus geylheit, und ungeverlicher Entleibung aus Unfürſichtigkeit; und ſo wie hierin unverkennbar eine Ueberſetzung römiſcher Ausdrücke liegt, ſo ſcheint auch der Geſetzgeber, indem er der Strafe halber die Urtheiler an die Verſtändigen verweiſt, die Anwendbarkeit der römiſchen Strafgrundſätze ausgeſprochen zu

---

Nichtwiſſen, daß es Grenzſteine ſeyen, und bezeichnet alſo die Fahrläſſigkeit hinſichtlich des *terminum movere.*

71) Vgl. z. B. L. 11. D. de incendio. Si *fortuito* incendium factum ſit venia indiget, niſi *tam lata culpa fuit*, ut *luxuria aut dolo ſit proxima.* Collat. LL. R. et M. Tit. XII. §. 5. ei qui *non data opera* inc. fecit, niſi in *lata et incauta negligentia vel laſcivia fuit*, plerumque ignoſcitur. Tit. I. §. 11. eod. und L. 4. §. 1. D. ad leg. Corn. de ſicar. per *laſciviam* cauſam mortis praebere. §. 11. J. de oblig. quae ex delict. und Gaji Comm. III. §. 202. per *laſciviam et non data opera.* L. 6. §. 7. D. de re militari: per vinum aut per *laſciviam* lapſis. Vgl. oben Note 27 und 54. Daß *imprudentia* oft nur einen niedern Grad von *culpa* bezeichne, zeigt L. 5. D. de jur. et fact. ignorantia. *ignorantiam* ita accipiendum, *non deperditi et nimium ſecuri hominis.* Auch in L. 9. D. de incendio ſcheinen die Worte *caſu* i. e. *negligentia* von dem niedern Grad der Culpa zu verſtehen zu ſeyn, und dann iſt dieſe Stelle mit L. 11. D. eod., wie Collat. tit. XII. §. 6. mit §. 5. zu vereinigen, indem darin der Grundſatz liegt, daß auch bei Erregung eines Brandes culpa leichter als dolus, jener aber immer noch *criminaliter* beſtraft werde, wenn ſie in *laſcivia*, und *civiliter*, wenn ſie in bloßer *imprudentia* beſteht.

haben. Hinsichtlich der Urheber ganz ungeverlicher Tödtung heißt es: sie seyen entschuldigt, und dadurch wird die Strafloſigkeit der rein zufälligen Tödtungen ausgesprochen. Hinsichtlich der übrigen ungeverlichen Tödtungen heißt es: sie seyen nit gnug entschuldigt, aber gleichwohl soll, die Fahrläſſigkeit mag in Geylheit oder Unfürsichtigkeit bestehen, in der Bestrafung derselben mehr Barmherzigkeit Statt finden, als bei Entleibungen mit Arglist und Willen, d. h. eine geringere Bestrafung als bei absichtlichen Tödtungen, welchen, wenn sie ohne Ueberlegung begangen würden, das frühere Project von 1529 die Tödtung aus Geilheit gleichgesetzt hatte [72]). Der höhere Grad der Culpa scheint auch in der Carolina in dem besondern Falle des Art. 134. durch die Worte leichtfertiglich und verwegentlich angedeutet zu werden, und in dem andern besondern Fall strafbarer Culpa, der im Art. 136. enthalten ist, wird sogar ein Wink gegeben, nach welchem Grundsatz die höhere Culpa zu beurtheilen sey, indem eine höhere Strafe für den Fall verordnet wird, wenn der Schuldige von dem Richter oder ander oberkeyt des zuvor vermandt oder gewarnet würd. In einem solchen Falle nämlich kann sich der Urheber der fahrläſſigen Tödtung nicht damit entschuldigen, daß er den schädlichen Erfolg seiner Handlung oder Unterlaſſung als möglich nicht vorausgesehen habe, und ist daher als *deperditus et nimium securus*, wie die Römer in

72) Vgl. C. C. C. Art. 146. mit Art. 157. und dem Project von 1529 bei Kreſs Comm. pag. 599 und oben Note 56 und 84.

Beziehung auf *lascivia* sagen, strenger als wegen bloßer Unvorsichtigkeit zu strafen, aus demselben Grunde, aus welchem das *propositum* strenger bestraft wird, als der *impetus* bei absichtlichen Tödtungen. Es wird übrigens nicht nöthig seyn zu bemerken, daß die Worte *lascivia* und *luxuria* bei den Römern auch oft noch etwas andres bedeuteten, als einen bloßen Grad der *culpa*, eben so wie das ihnen nachgebildete Wort Geilheit, ja daß sie oft auch den *dolus* von ihrer Bedeutung nicht ausschließen, wie z. B. auch Karl V. das Wort mutwillig in Beziehung auf die mit Vorbedacht und Absicht begangene Tödtung oder den Mord gebraucht, während es eben so gut von dem höhern Grade der Fahrlässigkeit, mit der eine Tödtung begangen wird, gebraucht werden kann [75].

Nach dem eben angegebenen Grundsatze, nach welchem in Uebereinstimmung mit der römischen Ansicht von strengerer Bestrafung der *lascivia* im Gegensatz von *imprudentia* der durch das Halten eines Thiers eine Tödtung Veranlassende, wenn es nach vorgängiger Warnung der Obrigkeit geschieht, strenger zu bestrafen ist, könnte man auch im französischen Rechte das im Gesetzbuch genannte *homicide involontaire par inobservation des règlemens* von den übrigen Arten fahrlässiger Tödtung, die mit den Worten *homicide involontaire par maladiesse imprudence, negligence et*

75) Vgl. noch L. 1. §. 10. D. de aedil. edicto. L. 15. §. 2. D. locati, und Roßhirt S. 506. Doch scheint mir die Redaction des Artikels 157. nicht blos der Zweideutigkeit wegen geändert worden zu seyn, sondern weil man die Geilheit früher gleich dem *impetus* strafen wollte, später von dem Begriffe des Todtschlags ausschloß und blos in den Artikel von der *culpa* verwies.

inattention bezeichnet, übrigens mit jenem in einem Satze und unter derselben Pönalsanction zusammengefaßt sind [74]), wenigstens der Theorie nach sondern, ja sogar bei Bestimmung der Strafe zwischen dem Minimum und Maximum des Gesetzes in der Praxis darauf Rücksicht nehmen, daß derjenige, der durch Ueberschreitung von Polizeiverordnungen, also vom Gesetze gewarnt, eine Tödtung veranlaßte, in einem höheren Grade der Fahrlässigkeit sich befindet. Auch hierin ist wieder eine Art von Uebereinstimmung zwischen der Lehre des Code pénal und dem System der Carolina. Wie übrigens im Sinne dieses Gesetzbuchs die verschiedenen Stufen fahrlässiger Tödtung gemeinrechtlich zu bestrafen seyen, wird in der Folge noch erörtert werden.

Unter den Tödtungen, die *impetu* geschehen, sind nach römischem Rechte unbezweifelt auch solche mit begriffen [75]), die nach französischem Rechte *meurtres excusables* heißen, und auch die peinliche Halsgerichtsordnung begreift dergleichen Tödtungen [76]), so wie die in Nothwehr geschehenen völlig entschuldigten unter dem Worte Todtschlag mit, wodurch, wie oben gezeigt wurde, drei Arten von Todtschlag unterschieden werden können, von denen aber nur zwei strafbar sind. Auf ähnliche Weise sind wohl auch unter den Fällen, wo die Römer sagten: *lascivia causam mortis praebere*, solche Fälle

74) Art. 319.

75) Vgl. L. 38. §. 8. D. ad leg. Jul. de adult. mit Art. 324. des Code pénal.

76) Art. 142. C. C. C.

Fälle mit begriffen gewesen [77]), welche die Neueren *homicidia ex culpa dolo determinata*, die Römer sonst nach einer sehr richtigen Bezeichnung homicidia causa *magis* quam voluntate, oder casu *potius* quam fraude facta genannt haben [78]). So hat wohl auch Karl V. unter den ungeverlichen Entleibungen aus Geyheit dergleichen Fälle mit verstanden, und dieselben nach den Grundsätzen des römischen Rechts bestraft wissen wollen. Ist dies gegründet, wie es sich auch wirklich erweisen läßt, so lassen sich auch, nach Abrechnung der ganz ungeverlichen Entleibungen von den ungeverlichen Entleibungen, die strafbar sind, als gemeinrechtlich drei Arten annehmen, eben so wie, wenn man zu den zwei Arten strafbaren Todtschlags den Mord hinzurechnet, sich drei Arten absichtlicher Tödtungen, die strafbar sind, unterscheiden lassen.

77) Wir werden hierauf später zurückkommen.

78) Vgl. L. 1. §. 3. D. ad leg. Cornel. de sicar., wo von Tödtung in Raufhändeln, die zwar nicht ohne *malus animus*, aber nicht mit *animus occidendi* geschehen, die Rede ist. Auch in der Collat. Tit. I. §. 9. ist obiger Ausdruck gebraucht, gegenüber der Tödtung mit *voluntas occidendi*, obschon dazu die Worte *fato plerumque non noxae imputantur* nicht ganz passen. Doch ist dabei zu bemerken, daß es heißt: ex *improviso casu* potius quam *fraude*; wenn also allein steht ex *casu* potius quam *fraude*, dies soviel bedeutet, als ex *culpa* potius quam *dolo*, die Schuld also gewissermaßen doch durch *culpa* und *dolus* begründet wird, oder *culpa dolo determinata* ist. Die Absicht zu tödten kann man, wie oben schon Note 50 gesagt worden ist, mit den Römern nennen *voluntatis intentio ad occidendum directa*. Vielleicht ist aus Mißverständniß dieses Ausdrucks die Theorie von *animus occidendi indirectus* entstanden, die übrigens schon sehr alt ist. Vgl. Jarcke Handb. Th. I. S. 196. Th. III. S. 344. Mehr davon in der Folge.

Auf diese Art dürfte die Lehre Carpzow's von drei Arten der *Culpa* bei dem *homicidium* gerechtfertigt werden können, und auch die von ihm für jede Art oder jeden Grad nach der Praxis angegebene Strafe läßt sich nach den Quellen des gemeinen Rechts als die gesetzliche nachweisen [79]). Höchst nothwendig aber ist es, daß in Schottland, wo das römische Recht bei weitem mehr als in England von Einfluß war [80]), nach der heutigen Praxis von dem *casual homicide* sowohl als dem *murder*, worunter im Allgemeinen jede absichtliche oder mit *dolo* und *animus occidendi* begangene Tödtung verstanden wird [81]), ein *culpable homicide* unterschieden wird, daß ferner von diesem *homicidium culposum* drei

79) Wir werden darauf später zurückkommen.

80) Mein Aufsatz über das schottische und englische Strafrecht in der Bibliothèque du Jurisconsulte et du Publiciste, Liège 1826. p. 256. und Irving observations on the Study of the civil Law. 5th edit. Edinb. 1825. p. 24.

81) D. Hume Comment. Vol. I. p. 249. *Murder* wird in Beziehung auf *casual homicide* und *culpable homicide* als der dritte Grad oder *degree of homicide* angeführt und definirt: a homicide done *wilfully and out of malice a forethought*. Dies ist das *a forethought* in weitrem Sinne genommen, als das *dessein formé avant l'action* im Art. 227. des Code pénal, denn der *animus occidendi*, heißt es, begründe das Verbrechen, *si antecedit ictum licet non congressum*. In der Lehre aber von *aggravated murder* spricht Hume p. 282. 283. von *assassination*, das in älteren nun aufgehobenen Statuten den gedungenen Mord, in der heutigen schottischen Praxis aber den Meuchelmord bezeichnet, oder *murder done per industriam et insidias or by deliberate laying in wait*, d. h. dasjenige, was im französischen Code pénal art. 298. als *guet-apens* definirt wird, obschon dem schottischen Begriff von *assassination* der französische von *assassinat* nicht vollkommen entspricht.

zugleich dem Grade nach verschiedene Arten unterschieden werden. Die erste ist das nach unsrer Meinung auch gemeinrechtlich zu unterscheidende *homicidium per imprudentiam*, die ungeverliche Entleibung aus unfürsichtigkeit der peinlichen Halsgerichtsordnung, das französische *homicide involontaire par imprudence*, im schottischen Rechte genannt *culpable homicide done without caution and circumspection* —. Die zweite ist das, was die Franzosen nennen *homicide involontaire per inobservation des règlemens*, oder wie die Schotten sagen: *if death ensue on the doing of some unlawfull and prohibited thing*, wofür wir den römischen Ausdruck *per lasciviam*, den der C. C. C. aus Geylheit gebrauchen können. Die dritte endlich, wenn, wie die Schotten sagen, der Tod erfolgt *by misadventure without any intention to kill, but without in pursuance of a purpose to do some sort of bodily harm*, oder wie die Römer mit ähnlichen Worten sagten: *occiditur casu magis quam voluntate*, ist die Feuerbach'sche *culpa dolo determinata*, für welche im französischen Recht eigentlich keine Bestimmung enthalten ist, welche aber, wie später zu zeigen ist, gemeinrechtlich nach dem Sinne der Carolina strenger zu strafen ist, als die beiden vorgenannten Arten ungefährlicher oder unabsichtlicher Tödtungen, obschon sie unter der Benennung: aus Geylheit, eigentlich mit begriffen ist [82]).

Zu bemerken aber ist hierbei, daß nach schottischem Rechte, wenn jener Wille, ein körperliches Leid

82) Hume pag. 223, wo die Rede ist von several *kinds* and *degrees* of culpable homicide.

zuzufügen, in dem Willen besteht, dem Andern einen bedeutenden Schaden an Leib oder Gliedern beizubringen, in dem *purpose to do any excessive and grievous injury*, die That nicht mehr zu den culposen Tödtungen gehört, sondern ein *murder* ist [83]), dagegen auch bei vorhandner Absicht zu tödten, wenn nur der Entschluß dazu ohne Vorbedacht gefaßt, und der Thäter dazu gereizt worden ist, dies sogenannte *homicide on provocation* oder *slaughter on suddenty* [84]) nicht zu *murder*, sondern zu dem *culpable*

---

83) Etwa wie im Project der C. C. C. von 1529 die Geilheit dem *impetus* gleichgestellt war. Vgl. Hume p. 252. Daher heißt es, der zum *murder* geforderte *animus occidendi* müsse nicht nothwendig *an absolute purpose to kill* seyn. Dies setzt also einen relativen *animus occidendi* voraus, und man sieht, daß die Schotten etwas dem *animus occidendi indirectus* der Nettelbladt'schen Schule Aehnliches haben. Auch von *praesumtio doli* spricht Hume p. 232, und zu bemerken ist noch, daß selbst im englischen Rechte auch ohne *animus occidendi* nicht nur der Begriff von *manslaughter*, sondern selbst von *murder* begründet seyn kann, wie in der französischen Praxis der Begriff von *assassinat*.

84) Auch als *homicide in a sudden quarrel, by the sudden impulse of resentment, ex calore iracundiae, on provocation* and assault, slaughter upon accidental meeting or occasional rencounter, bezeichnet und als *slaughter in chaude melle* (sic) gegenüber dem *murder upon forethought fellonie* and *precogitate malice* schon in schottischen Gesetzen vom Jahr 1571 und 1425 gelinder behandelt, wie auch im altfranzösischen Recht oft *meurtre* als *homicide de guetapense* oder *homicide d'opsat* gegenüber dem *chaude meslé* vorkommt, was auch schon Mittermaier mit Beziehung auf Beaumanoir Cont. de Beauvoisis cap. 30. im Archiv Th. VIII. S. 324 bemerkt hat. Obschon übrigens dies *homicide on suddenty* wörtlich die Entleibung aus Jähheit oder *impetu* ausspricht, so möchte doch die Frage entstehen, ob es mit dem Todtschlag des gemeinen Rechts eins sey, da zum Wesen der *suddenty* schon nach altschottischem Recht *provocation* gehörte. Vgl. Hume p. 235. 254. 255.

homicide als vierter Grad desselben gerechnet werden, wozu auch noch die Fälle gehören, wenn das *moderamen inculpatae tutelae* fehlt, oder *excessus defensionis* vorhanden ist. Alles aber was zu diesem vierten Grad von *culpable homicide* gehört, könnte man, da die Rechtsgelehrten dabei von *excuse* und *good plea of extenuation* sprechen, auch *excusable homicide* [85]) nennen, obschon die dahin gehörigen Fälle nicht vollkommen denen entsprechen, welche darunter Engländer [86]) und Franzosen begreifen. Auch ist zu bemerken, daß darüber, inwiefern noch heut zu Tage der *slaughter in suddenty* von dem *murder* verschieden sey, in Schottland die Gesetze nicht klar und die Praxis nicht bestimmt ist, weil nach dem ältesten schottischen Recht der Todtschläger *on suddenty* oder *in chaude melle* nur in so fern gelinder be-

85) Vgl. Hume p. 222. 228. 241. 242. 217. und oben in dieser Abhandlung Note 9, wo von dem dem Worte *extenuation* entsprechenden *atténuation* des Genfer Entwurfs die Rede ist. A. d. a. O. untersucht auch Hume, welcher Grad von *propocation* nach englischem und nach schottischem Recht dazu gehöre, um Tödtung aus der Kategorie von *murder* (im verschiednen Sinn beider Rechte) hinauszubringen, und wiefern auch bei erwiesener Nothwehr für den Urheber der Tödtung die Vermuthung streite, daß sie ohne *excessus* Statt hatte. Auch hierin sind beide Rechte verschieden. Für den Fall des Excesses sagt Hume sehr schön, die *disorder of spirit* möchte wohl als *excuse* gelten, aber immer sey in der That eine tadelnswerthe *precipitancy*, welche dem Thäter die Wohlthat einer gänzlichen *justification* entzöge.

86) Außer Blackstone ist darüber zu vergleichen Hawkins pleas of the Crown, 8te Ausgabe. London 1824. Vol. I. p. 85. Dieser Verfasser ist in der Unterscheidung zwischen *excusable homicide* und *justifiable homicide* logischer als der neueste Criminalist Russell treatise on crimes and indictable misdemeanors, Lond. 1826. Vol. I. p. 558. Die neueste Ausgabe dieses Werks ist mir so wie die neueste von Hume nicht zur Hand.

handelt wurde, daß er das Recht hatte, in eine Kirche zu flüchten, und dann von der Todesstrafe befreit zu werden, wenn er die *chaude melle* oder *suddenty* bewies, später aber, nach der Reformation und Aufhebung der Asyle, als ein Statut diejenigen Tödtungen aufzählte, die als *murder* mit dem Tode nicht bestraft werden sollten, der *slaughter on suddenty* dabei nicht genannt wurde. Doch ist nach Hume's Meinung wenigstens soviel unbezweifelt, daß die obgleich absichtliche aber aus Jähheit und in der Hitze des Zorns nach erlittener thätlicher und gröblicher Mißhandlung begangene Tödtung kein *murder*, sondern blos *culpable homicide* [87]), und nicht mit dem Tode, sondern *pro modo admissi* mit einer arbiträren Strafe zu belegen sey, wobei jedoch Hume die von Andern behauptete Anwendbarkeit des Römischen Rechts bestritet [88]).

§. VII.

Im Vorübergehen sey es hiermit noch gesagt, daß kaum eine Nation eine gründlichere und umfassendere Abhandlung über die Lehre von der Tödtung nach ihrem positiven Rechte aufzuweisen habe, als Schottland in der mehrgenannten Abhandlung seines Criminalisten David Hume, obgleich sie nur einen Theil seines trefflichen Commentars über das schottische Crimi-

87) Hume p. 235. 245.

88) Namentlich der L. 1. §. 5. D. ad leg. Corn. de sicar., weil hier nicht eigentlich von *impetu* occidere, sondern von *culpa dolo determinata* die Rede ist, wodurch gelindere Strafe begründet sey. Vgl. p. 254.

malrecht ausmacht [89]), eines Werkes, das in wissenschaftlicher Hinsicht bei weitem den Vorzug vor ähnlichen Werken englischer Criminalisten verdient, und seinem Inhalt nach dem gemeinen deutschen Criminalrecht näher steht, als das irgend eines andern Volkes von Europa. In der Art der Behandlung der Lehre von der Tödtung wird man zwischen dem Systeme des schottischen Criminalisten und dem der deutschen Rechtsgelehrten einige Aehnlichkeit auch darin finden, daß auch Hume der Abhandlung von den einzelnen Arten der Tödtung einige allgemeine, allen Arten gemeinschaftliche Grundsätze vorausschickt, wobei freilich nicht sehr logisch und consequent vom Versuch, nicht aber von der Theilnahme gehandelt wird [90]), obschon jene Grundsätze eben so wenig als diese auf blos culpose Tödtungen passen, und bei diesen und jenen die verschiedenen Arten absichtlicher Tödtungen wieder Modificationen erfordern [91]). Obgleich übrigens der Verfasser im Allge-

89) Das Kap. 6, das von S. 174—296 geht. Ich habe auf dies Werk schon im Jahre 1826 aufmerksam gemacht, wo schottisches Criminalrecht auf dem Continent noch so gut als unbekannt war, wie auch Bieler in seiner Geschichte des Inquisitionsprozesses, Leipzig 1827. S. 518, bezeugte.

90) Vgl. S. 175 u. 258. Unter den allgemeinen Grundsätzen findet man sogar einige, die fast eben so bei Feuerbach vorgetragen werden.

91) S. 176 ist in der Lehre vom Versuch der Tödtung, insbesondre gesprochen von *attempting to assassinate* oder *kill per industriam et insidias*, und in der Lehre von der Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen ist der Fall 5 plures *praemeditato consilio in necem alicujus conjuraverint* S. 259 von dem *homicidium in turba vel rixa per plures commissum* wie in der C. C. C. art. 148, nur nicht durch dieselben Benennungen, geschieden.

meinen von einem Verbrechen der Tödtung redet, so findet man doch bei ihm keine Definition von *homicide* in der Art, daß dies Wort als an sich den Begriff eines Verbrechens enthaltend dargestellt würde. Auch bei den Engländern findet man wohl Spuren davon, daß das Wort *homicide* eine technische Bedeutung [92]), aber selbst in dieser nicht, daß es an sich den Begriff eines Verbrechens ausdrücke, den es erst durch irgend einen Zusatz erhält. Dem gemäß giebt es in Deutschland vier Arten von *homicide*, welche mit den Worten *casual homicide*, *culpable homicide*, *murder* und *aggravated murder* bezeichnet werden, zu welcher letzten Klasse nebst dem Vatermord, Kindermord u. a. gewissermaßen auch *assassination* gezählt wird. Im englischen Rechte entsprechen diesen vier Arten, doch nicht vollkommen, folgende vier Klassen: *justifiable homicide*, *excusable homicide*, *manslaughter* und *murder* [93]). Die erste der genannten Klassen end-

92) Vgl. Hawkins l. l. p. 74. homicide *in our Law* signifies *the killing of a man by a man.*

93) Das schottische Recht theilt die erste Klasse in zwei Unterarten ab, *casual homicide* im engern Sinn, und *justifiable homicide*, sonst aber versteht es unter *casual homicide* zuweilen auch wie das römische unter *casu facta homicidia* die culposen Tödtungen, ja sogar die *impetu facta* in einer *accidental meeting and occasional rencounter*, weßhalb auch in Gesetzen von verschiedenen *degrees of casual homicide* die Rede ist. Vgl. Hume pag. 255—258. Hawkins p. 74 handelt nach englischem Rechte außer den vier Klassen noch insbesondre von *casual homicide* oder der Tödtung, die *merely per infortunium* geschehe, betrachtet aber dasselbe gar nicht als eigentliches *homicide*, indem man keinem Menschen als Urheber der Tödtung angeben könne, sondern entweder ein Thier oder ein lebloses Ding, das in solchen Fällen nach englischem Rechte *Deodand* genannt wird und dem Könige anheimfällt, der es zu frommen Zwecken verwendet.

hält sowohl im englischen als im schottischen Rechte alles das, was die Franzosen mit den Namen *homicide justifiable, legal* und *legitime* oder *meurtre justifié* bezeichnen. In der zweiten Klasse begreift das schottische Recht alle Tödtungen, die *culpa*, einige, die *culpa dolo determinata*, und selbst einige, die *dolo malo* begangen werden, so jedoch, daß sie als *excusable* erscheinen; das englische Recht dagegen blos das französische *homicide involontaire par imprudence* etc. und einige Fälle, wo nach französischem Rechte *meurtre excusable* vorhanden ist. Die dritte Klasse umfaßt im schottischen Rechte einige Fälle der *culpa dolo determinata*, und viele, die im französischem Rechte *meurtres* oder *assassinats* sind, während im englischen Rechte in der dritten Klasse Fälle stehen, die im französischen als *homicides involontaires par inobservation des reglemens* oder als *meurtres* gelten, dabei auch Fälle von *culpa dolo determinata*. Zur vierten Klasse endlich gehören im schottischen Rechte außer dem Vatermord und andern gesetzlich ausgezeichneten Arten von Mord auch Fälle, die in Frankreich zu dem gewöhnlichen *assassinat* gehören, nämlich das, was die Franzosen *de guet-apens* nennen, auch wohl Mord nach eingegangenem Complot; dagegen im englischen Rechte die vierte Klasse so ziemlich dem französischen *assassinat* entspricht, aber weder mit den schottischen Verbrechen dieses Namens, noch mit dem im schottischen Recht die dritte Klasse ausmachenden *murder* identisch ist, obschon sie den nämlichen Namen führt [94]).

94) Die verschiedenen Arten von *aggravated murder* werden nach schottischem Rechte als vierter Grad oder *degree* des *homicide* angesehen. Vgl. Hume S. 186.

Wollte man mit den vier Klassen des schottischen Rechts die verschiedenen Arten der Tödtungen nach der Carolina vergleichen, so müßte man in die erste Klasse die ganz ungeverlichen Entleibungen und den Todtschlag der Entschuldigung het, in die zweite Klasse die ungeverlichen Entleibungen aus Geyheit und unfürsichtigkeit, so wie den nicht genug entschuldigten Todtschlag, in die dritte Klasse den Todtschlag der keine Entschuldigung hat, in die vierte den Mord und seine verschiedenen Arten setzen. Aber die beiden letzten Klassen des deutschen Rechts entsprächen dann doch nicht vollkommen den beiden letzten des schottischen Rechts. Ueberhaupt aber müssen wir hier unumwunden es aussprechen, müßten wir auch befürchten, was Cicero befürchtete, als er sein Urtheil über die zwölf Tafelgesetze aussprach, daß weder im englischen noch im schottischen Rechte, noch in irgend einer neueren deutschen Gesetzgebung, noch im französischen Rechte die verschiedenen Arten der Tödtung durch eigenthümliche Benennungen mit solcher Schärfe und Consequenz geschieden sind, als in der peinlichen Halsgerichtsordnung. Das Strafgesetzbuch des Volkes, welches sich das civilisirteste der Erde nennt, steht in der

---

280 und oben Note 81. Außer den vier genannten Klassen des englischen Rechts wird gewöhnlich noch eine fünfte unter dem Titel *petit treason* selbst noch bei Russell p. 481 besonders abgehandelt. Allein nach der neuesten Parlamentsakte vom 27sten Jun. 1828 ist dieselbe heutzutage als *murder* anzusehen. Uebrigens ist etwas Aehnliches in dem Verbrechen der Verrätherey in der C. G. C. enthalten, wie ich zum Theil gegen Martin andern Ortes aus der Carolina selbst und besonders aus Salwechter hoffe erweisen zu können.

Hinsicht selbst nach seiner jüngsten Revision, die etwas flüchtig geschehen ist, noch unter dem Gesetzbuche Karls V, obgleich es besonders in Frankreich als ein Machwerk der Barbarei angesehen wird. Sondern wir aber von den vielen in der Carolina unterschiednen Arten der Tödtungen diejenigen, die keine Verbrechen sind, so stimmen die übrigen aufs genaueste mit den vier Klassen strafbarer Tödtungen zusammen, welche die Römer mit den vier Worten *proposito*, *impetu*, *per lasciviam* und *per ignorantiam* bezeichneten. Die Carolina leitete daher ihre Begriffe von Mord, Todtschlag, Entleibung aus Geyligkeit und Entleibung aus Unfürsichtigkeit ab, und einige dieser Benennungen enthalten wieder verschiedene Fälle unter sich, wie dagegen auch der Römer von den vier oben genannten Begriffen je zwei und zwei wieder unter der Benennung *consulto* und *casu* zusammenfaßte, wobei er sich des Wortes *culpa* vielleicht darum enthielt, weil eben in der Lehre der Tödtung in Vergleichung der *Lex Cornelia* mit der bei der leichtesten Art von Tödtung hauptsächlich und unter allen gegen Tödtung gegebenen Gesetzen allein zur Anwendung kommenden *Lex Aquilia* jenes Wort bekanntlich einen allgemeinen Sinn hatte, und darum die dabei zur Sprache gebrachte *levissima culpa* vielleicht nichts weiter bezeichnen sollte, als die *imprudentia* im Gegensatz von *lascivia*, *impetus* und *propositum* [95]). Die Hauptgrundlage der Eintheilung der verschiedenen Arten der Tödtungen, und zum Theil ihrer technischen Benennungen in der Carolina, bleibt

95) Vgl. L. 44. D. ad leg. Aquil. mit L. 7. D. ad leg. Corn. de sic.

aber immer die in williglicher und ungeverlicher, und wohl in der Glosse zum Sachsenspiegel, wie in dem aus derselben in der Hinsicht fast wörtlich entnommenen Klever Stadtrecht vom funfzehnten Jahrhundert, findet sich sowohl diese Grundlage, als auch dabei derselben gemäß die Zusammenstellung strafloser mit strafbaren Tödtungen. Mit Willen, heißt es in den genannten Quellen mit Beziehung auf römisches Recht, wird eine Tödtung auf doppelte Weise begangen, aus rechtmäßiger Ursache und ohne solche, jenes findet bei rechter Nothwehr, dieses beim Morde Statt. Dagegen wird auch ohne Willen des Thäters auf doppelte Weise eine Tödtung begangen, entweder so, daß dabei eine Verwahrlosung blos allein dem Getödteten, oder daß sie dem Tödter zu Schulden kommt. Jenes ist offenbar die ganz ungefährliche Entleibung der C. C. C., dieses die ungefährliche Entleibung aus Geylheit und Unfürsichtigkeit, und die angeführten Stellen zeigen uns zugleich den Ursprung des Wortes Fahrlässigkeit [96]). Wenn nun aber die

96) Vgl. oben Note gr. und besonders Kap. 126. des dort genannten Klever Stadtrechts, welches auffallend beweist, wie schon in der Mitte des 15ten Jahrhunderts römische Begriffe in Ländern fränkischen Rechts praktisch geworden waren und andre Grundsätze befolgt wurden, als z. B. in friesischen Ländern, auf deren Rechtszustand kurz vor der Carolina Jarcke so viel baut, um daraus gewisse Grundsätze als gemeinrechtlich abzuleiten. Es heißt darin: „Man doidet den andern vierderley, den ersten myt wille sonder rebelike saicken und dat is eyn moird. Then andern mit wyll nit sonder saiken als ynne notweren, des blyvet eyn man sonder schaeden, in dien hie das bewiese. Then derden men doidet eynen man, soe dat hie sich selven pers wairloist ... wen dair wat geschuydt, des thyt hie

Doctrin in Deutschland die natürlich zusammenpassenden Bestimmungen der Carolina, welchen die des französischen Gesetzbuchs ähnlich sind, ohne sie an Bestimmtheit ganz zu erreichen, auf andere Weise zusammengereiht und eine Theorie gebildet hat, die von dem Systeme der Carolina eben so sehr als von dem des französischen Gesetzbuchs abweicht; so möchte man fragen, inwiefern dieses zu billigen und den Franzosen zu rathen sey, sich eine ähnliche Theorie zu bilden, die wir bis jetzt vergeblich in den Werken ihrer Schriftsteller suchen.

(Die Fortsetzung folgt.)

---

sich selven. Then vierden voldet die eyn den andern von synen wairlyse end doch sonder Synen will. Ind des werlugst hie syn wergelt." Damit ist zu verbinden Kap. 127. „Doit slachte sonder opsait end voirsichtigeit betailt men myt weergelt." In letzter Hinsicht hat die Carolina strengere Strafgrundsätze angenommen, die aber auch nachher in der Praxis nicht befolgt worden sind, obgleich sie auch schon Salmechter ausgesprochen hat.

gebung bestimmt ist, kann von einem absoluten Vorzuge der Geschwornengerichte sprechen. — Denkt man sich ein Land, welches mehr von andern Völkern, bei welchen Geschwornengerichte vorkommen, entfernt ist, ein Land, dessen Einwohner das Institut kaum dem Namen nach kennen, denkt man sich dies Volk in einem gewissen patriarchalischen Verhältnisse regiert, beherrscht von einem Regenten, der sein Volk liebt, stellt man sich dies Volk zufrieden mit den bisherigen Einrichtungen ohne ein besonderes öffentliches Leben vor, gewöhnt, den Gerichten seines Landes zu vertrauen, da glückliche Verhältnisse bisher keine Beispiele zeigten, daß die Regierung einen dem Volke gefährlichen und die Gesetze bedrohenden Einfluß auf die Urtheilssprüche üben wollte: will man einem solchen Volke Geschwornengerichte geben, so möchte die sogenannte Wohlthat bald zu einer Quaal werden; zu den Aussprüchen der Geschwornen würde man kein Vertrauen haben, und oft kaum begreifen, wie solche Aussprüche wahre Urtheile seyn könnten. Die Unbeholfenheit, mit welcher sich die Geschwornen eines solchen Landes bewegten, möchte selbst schwerlich geeignet seyn, dem Institute Ansehen und Vertrauen zu verschaffen. — Betrachtet man dagegen ein Volk, das über seine Rechte belehrt ist, seine Stellung zur Regierungsgewalt begreift, geleitet durch das Streben, bürgerliche Freiheit zu schützen, mißtrauisch auf alle Anstalten blickt, durch welche die Freiheit angetastet werden soll, denkt man sich ein Volk, das durch eine constitutionelle Regierung den Werth der Erhaltung und Befestigung der Volksrechte begreifen und die Wichtigkeit der Theilnahme des Volks an öffentlichen Angelegenheiten schätzen gelernt hat; denkt man sich dies Volk, das auch erkennt, wie

wich-

wichtig die Unabhängigkeit und Selbstständigkeit der Gerichte ist, ein Volk, das bereits Erfahrungen gemacht hat, wie die Regierung, um ihre Plane durchzusetzen, auf die Gerichte einzuwirken sich bemühte und vielleicht nicht ganz unglücklich in ihren Bemühungen war: stellt man sich dies Volk mit einem lebendigen Sinne für öffentliche Angelegenheiten, gewöhnt an öffentliche Verhandlungen und erzogen durch sie zugleich mit einem solchen Gefühle begabt vor, nach welchem auch der reichste Bürger das dem Aermsten widerfahrne Unrecht als ein allgemeines Unglück erkennt — so wird man begreifen, daß ein solches Volk Geschwornengerichte verlangt, und ihrer würdig ist. — Man muß nicht fragen: ob die mit rechtsgelehrten angestellten Richtern besetzten Gerichte das allgemeine Vertrauen verdienen, sondern nur: ob diese Gerichte das Vertrauen besitzen. Verlangt dann wirklich die Stimme der Besseren im Staate das Geschwornengericht, so dürfte wohl jeder Versuch, die Einrichtung dem Volke vorzuenthalten, scheitern.

Wohl ist es gefährlich, legislative Experimente auf Kosten des Volkes und der Gerechtigkeit zu machen, und ein fremdes Institut, das in dem Lande, in dem es einheimisch ist, vielleicht trefflich wirkt, in ein Land zu verpflanzen, in welchem nicht alle organischen Umgebungen des jenseitigen Landes sich finden. — Eine doppelte Vorsicht muß daher von dem Gesetzgeber gefordert werden, und Pflicht wird es, wohl die Voraussetzungen zu prüfen, unter welchen allein die neue Einrichtung auf den Anklang im Volke rechnen und Früchte tragen kann.

Zu diesen Grundbedingungen zählen wir vorzüglich

I. eine weise Gesetzgebung über die Bildung der Ge-

schwornenliste. — Nur dann, wenn auf die Urliste blos diejenigen gesetzt werden, welche die Vermuthung für sich haben, daß sie die nöthige Fähigkeit besitzen, als Geschworne zu functioniren, wird das Institut auf einer sichern Grundlage ruhen, und da hier es nicht von der Willkür eines Beamten abhängen darf, welche Personen er auf diese Urliste setzen will, so muß das Gesetz gewisse in die Sinne fallende unzweifelhafte Eigenschaften bezeichnen, so daß alle Bürger, welche diese Eigenschaft an sich tragen, auf die Liste zu kommen das Recht haben. Unabhängigkeit und Intelligenz sind die beiden Eigenschaften, deren Daseyn allein eine Bürgschaft für die Gerechtigkeit der Aussprüche der Geschwornen gewähren kann. — Wir denken uns mit dieser Unabhängigkeit ein lebhaftes Interesse für die Aufrechthaltung der bürgerlichen Ordnung und Sicherheit, und eine Selbstständigkeit gepaart, welche nicht zum Werkzeug fremden Willens sich hingiebt, welche nur das als ihre Ueberzeugung ausspricht, was sie nach sorgfältiger Prüfung für Wahrheit hält, welche durch keine Einflüsterungen der Machthaber, durch keine Versprechungen oder Drohungen der Regierungspartei sich einschüchtern läßt, aber auch nie um die Gunst der gemeinen Menge oder excentrischer Personen buhlt. Eine solche Unabhängigkeit dürfen wir bei demjenigen vermuthen, welcher durch ein bedeutendes Vermögen die Vermuthung seiner Tüchtigkeit liefert. Nicht eine Aristokratie des Geldes soll dadurch begründet, sondern nur das Vermögen deswegen zum Maaßstab genommen werden, weil man erwarten darf, daß derjenige, der ein solches Vermögen besitzt, theils im Stande war, sich eine höhere Ausbildung zu verschaf-

sen, theils durch mannigfaltige Geschäftsverhältnisse des Lebens größere Gewandtheit sich zu erwerben, theils an dem Wohle seines Vaterlandes großes Interesse nimmt, und Feind aller Unordnungen und Umwälzungen auch die Bestrafung der Verbrecher will. Die Gründe, aus welchen man nur denjenigen, welcher ein bedeutendes Vermögen hat, zum Volksvertreter wählen läßt, gehören auch hieher, und eine zweckmäßige Harmonie der Einrichtungen entsteht dann, wenn die nämliche Summe, welche man zum Volksvertreter fordert, auch von demjenigen verlangt wird, der auf die Urliste der Geschwornen gesetzt werden soll. Es würde aber eine verderbliche Einseitigkeit seyn, wenn man nur die Vermöglichen als fähig, Geschworne zu werden, erklären wollte. Offenbar muß auch höhere Bildung ohne Rücksicht auf ein großes Steuerkapital zu diesem Amte qualificiren, und die französischen Gesetze [1]) wie der baierische Entwurf eines Preßgesetzes [2]) erkennen dies an. Die Intelligenz gewährt bei diesen Personen die Bürgschaft ihrer Fähigkeit und erscheint dem Gesetzgeber doppelt willkommen, weil er erwarten darf, daß diese durch höhere Bildung ausgezeichneten Personen als Mitglieder einer Jury wohlthätig wirken und daß ihre Ansichten in glücklicher Mischung mit den Beobachtungen und Aeußerungen der Mitglieder aus dem Bürgerstande am meisten zur Entdeckung der Wahrheit führen werden. Der Mangel des Vermögens erweckt keine Besorgnisse; denn der wahrhaft Gebildete hat die Mittel in Händen, sich Vermögen zu erwerben, und selbst auf

1) Gesetz vom 2. Mai 1827.

2) Vorgelegt auf dem Landtage von 1831.

schwornenliste. — Nur dann, wenn auf die Urliste blos diejenigen gesetzt werden, welche die Vermuthung für sich haben, daß sie die nöthige Fähigkeit besitzen, als Geschworne zu functioniren, wird das Institut auf einer sichern Grundlage ruhen, und da hier es nicht von der Willkür eines Beamten abhängen darf, welche Personen er auf diese Urliste setzen will, so muß das Gesetz gewisse in die Sinne fallende unzweifelhafte Eigenschaften bezeichnen, so daß alle Bürger, welche diese Eigenschaft an sich tragen, auf die Liste zu kommen das Recht haben. Unabhängigkeit und Intelligenz sind die beiden Eigenschaften, deren Daseyn allein eine Bürgschaft für die Gerechtigkeit der Aussprüche der Geschwornen gewähren kann. — Wir denken uns mit dieser Unabhängigkeit ein lebhaftes Interesse für die Aufrechthaltung der bürgerlichen Ordnung und Sicherheit, und eine Selbstständigkeit gepaart, welche nicht zum Werkzeug fremden Willens sich hingiebt, welche nur das als ihre Ueberzeugung ausspricht, was sie nach sorgfältiger Prüfung für Wahrheit hält, welche durch keine Einflüsterungen der Machthaber, durch keine Versprechungen oder Drohungen der Regierungspartei sich einschüchtern läßt, aber auch nie um die Gunst der gemeinen Menge oder excentrischer Personen buhlt. Eine solche Unabhängigkeit dürfen wir bei demjenigen vermuthen, welcher durch ein bedeutendes Vermögen die Vermuthung seiner Tüchtigkeit liefert. Nicht eine Aristokratie des Geldes soll dadurch begründet, sondern nur das Vermögen deswegen zum Maaßstab genommen werden, weil man erwarten darf, daß derjenige, der ein solches Vermögen besitzt, theils im Stande war, sich eine höhere Ausbildung zu verschaf-

sen, theils durch mannigfaltige Geschäftsverhältnisse des Lebens größere Gewandtheit sich zu erwerben, theils an dem Wohle seines Vaterlandes großes Interesse nimmt, und Feind aller Unordnungen und Umwälzungen auch die Bestrafung der Verbrecher will. Die Gründe, aus welchen man nur denjenigen, welcher ein bedeutendes Vermögen hat, zum Volksvertreter wählen läßt, gehören auch hieher, und eine zweckmäßige Harmonie der Einrichtungen entsteht dann, wenn die nämliche Summe, welche man zum Volksvertreter fordert, auch von demjenigen verlangt wird, der auf die Urliste der Geschwornen gesetzt werden soll. Es würde aber eine verderbliche Einseitigkeit seyn, wenn man nur die Vermöglichen als fähig, Geschworne zu werden, erklären wollte. Offenbar muß auch höhere Bildung ohne Rücksicht auf ein großes Steuerkapital zu diesem Amte qualificiren, und die französischen Gesetze [1]) wie der baierische Entwurf eines Preßgesetzes [2]) erkennen dies an. Die Intelligenz gewährt bei diesen Personen die Bürgschaft ihrer Fähigkeit und erscheint dem Gesetzgeber doppelt willkommen, weil er erwarten darf, daß diese durch höhere Bildung ausgezeichneten Personen als Mitglieder einer Jury wohlthätig wirken und daß ihre Ansichten in glücklicher Mischung mit den Beobachtungen und Aeußerungen der Mitglieder aus dem Bürgerstande am meisten zur Entdeckung der Wahrheit führen werden. Der Mangel des Vermögens erweckt keine Besorgnisse; denn der wahrhaft Gebildete hat die Mittel in Händen, sich Vermögen zu erwerben, und selbst auf

1) Gesetz vom 2. Mai 1827.

2) Vorgelegt auf dem Landtage von 1831.

eine mehr dauerhafte Weise, als dies bei dem Reichen oft der Fall ist, seine Unabhängigkeit sich zu sichern. — In die Kategorie derjenigen, welche durch Intelligenz ohne Rücksicht auf Vermögen auf die Geschwornenliste zu setzen sind, gehören Beamte der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Notarien) Aerzte, Advokaten. Will man die Garantieen, welche solche Personen für ihre Unabhängigkeit gewähren sollen, noch vermehren, so bestimme man, daß nur diejenigen, welche schon eine gewisse Zeit von Jahren hindurch (z. B. seit drei Jahren) ihr Amt ausübten [3]), oder diejenigen, welche mit einem gewissen Einkommen in dem Steuerkataster stehen, auf die Geschwornenliste gesetzt werden. Man würde dadurch noch eher zu der Vermuthung berechtigt, daß solche Personen schon hinreichend Gelegenheit hatten, sich das Vertrauen ihrer Mitbürger zu erwerben, und schon in der bürgerlichen Gesellschaft eine solche selbstständige Stellung haben, daß sie von ihrem Erwerbe anständig sich ernähren können. Wir würden kein Bedenken haben, auch diejenigen, welche z. B. 1000 Fl. Besoldung vom Staate beziehen, auf die Geschwornenliste zu setzen. — Wohl mögen manche durch die Ansicht, daß ein Geschwornengericht nur ein reines Volksgericht seyn soll und durch die Besorgniß, daß Staatsdiener, als von der Regierung unbedingt abhängig, nicht des Vertrauens, worauf doch das Geschwornengericht

3) Thut man dies nicht, und erklärt jeden Advokaten, jeden Arzt als fähig, Geschworner zu seyn, so werden auch oft Personen, die vor einigen Wochen erst zu der Stelle ernannt wurden, und noch gar nicht bekannt sind, noch keine Gelegenheit sich etwas zu verdienen hatten, in das Geschwornengericht kommen.

beruht, würdig sind, sich leiten lassen und für die Ausschließung der Staatsdiener von dem Amte der Geschwornen sich erklären; aber wenn nicht in einem Lande eine entschiedene Erfahrung einer unwürdigen servilen und inconstitutionellen Stellung der Staatsdiener das Volk berechtigt, den Staatsdienern überhaupt Vertrauen zu entziehen, so würden wir nie eine solche Ausschließung der Staatsdiener billigen können. Faßt man das Requisit der Intelligenz auf, so kann es nur wünschenswerth seyn, wenn der durch Bildung ausgezeichnete Staatsdiener auch Geschworner ist; je mehr aber die unselige Scheidewand zwischen dem Staatsdiener und dem Bürger wegfällt, desto größeres Heil erwarten wir für die ganze Staatsverwaltung. Je mehr sich der Staatsdiener, der nie aufhört Staatsbürger zu seyn, zurückgedrängt sieht von der Ausübung aller bürgerlichen Rechte, je mehr ein allgemeines Mißtrauen des Volkes die ganze Klasse der Staatsdiener verfolgt, desto mehr sondert sich der Staatsdiener wirklich von dem Volke ab, und bildet dann eine durch Hochmuth und durch den Glauben, daß der Staatsdiener nur durch unbedingtes Anschließen an die Regierungspartei sein Heil finden könne, charakterisirte Kaste. — Zum Glück verdient die Beamtenklasse in Deutschland nicht dies Mißtrauen, und zahlreiche Beispiele auf den Landtagen deutscher Staaten haben gelehrt, daß auch der Staatsdiener seine Unabhängigkeit bewahrt und keinem Staatsbürger an constitutionellem Sinne nachsteht. Will man sich darauf berufen, daß alle Gründe, aus welchen das Geschwornengericht den Vorzug vor dem aus angestellten Richtern bestehenden Gerichte hat, auch die Staatsdiener als unfähig, Geschworne zu seyn, er-

klären, so vergißt man, daß man der kleinen Zahl der ständig angestellten Richter, welche ein Criminalgericht bilden, die große Gewalt, nach ihrem Ermessen über Leben und Tod zu urtheilen, aus ganz andern Gründen nicht einräumen will, welche da nicht eintreten, wo der Staatsdiener mit andern dem Bürgerstande angehörigen Mitgliedern ein Geschwornengericht bildet, wo seine Stimme nicht allein entscheidet, wo er nach der ganzen Stellung des Geschwornengerichts sich nur als Staatsbürger und nicht als Staatsdiener geltend machen kann, und wo ein freies Recusationsrecht des Angeklagten diesem das Recht gewährt, ohne weitere Angabe von Gründen, den Staatsdiener, dessen notorische Gesinnung Besorgnisse erweckt, zu entfernen. — Setzen wir nun voraus, daß schon die Urliste der Geschwornen gesetzmäßig gebildet ist, so wird nun die Reduction derselben auf jene Zahl wichtig, aus welcher erst durch das Loos die eigentliche Geschwornenliste für die einzelne Assise entworfen werden muß. — Man muß davon ausgehen, daß diejenigen, welchen diese Reduction anvertraut ist, nur von dem Grundsatze sich leiten lassen, aus der Urliste nur diejenigen auszuscheiden, welche zwar nach ihren allgemeinen Eigenschaften auf die Liste gesetzt werden mußten, aber wegen notorischer Beschränkheit des Geistes, oder wegen moralischer Fehler, oder wegen bekannter excentrischer Gesinnungen nicht die Bürgschaft der nöthigen Bildung und moralischen Unabhängigkeit gewähren. Viel ist hier in die Hände desjenigen gelegt, welcher die Liste derjenigen reducirt. Daß der oberste Verwaltungsbeamte des Kreises nicht etwa auf die Art, wie in Frankreich der Präfekt beauftragt ist, die Reduction besorgen darf, kann wohl nicht zweifelhaft seyn;

die Furcht, daß ein solcher Beamter seine Stellung leicht dazu mißbrauche, eben die Freisinnigsten und Tüchtigsten, weil sie der Regierungspartei nicht ganz ergeben sind, von der Liste zu entfernen und so die Angeklagten vielleicht der trefflichsten Geschwornen zu berauben, liegt nahe. — Am zweckmäßigsten schiene es, die Reduction der Liste dem Obergerichte oder doch dem Vorstande desselben zu überlassen, weil die eben zuvor geäußerte Besorgniß nicht so leicht Gerichtspersonen zu treffen scheint; allein es darf nicht unbeachtet bleiben, daß die Reduction der Liste nur von Personen vorgenommen werden kann, welche genaue Kenntniß der Individualität der auf der Liste vorkommenden Personen besitzen, daß aber den Mitgliedern der Gerichte diese Kenntniß nicht wohl zuzutrauen ist, und es scheint auch, daß da, wo ein Gericht eine Person ausschließt, eine Art von Makel auf dem Ausgeschlossenen haftet. — Am zweckmäßigsten ist es, wenn man entweder dem Departementalrathe, z. B. in Baiern dem gewählten Landrathe [4]), oder der Kreisregierung, die durch einen collegialischen Beschluß die Reduction vornehmen muß, das Geschäft überläßt; der Collegialbeschluß ist auf jeden Fall der bürgerlichen Freiheit sichernder, als wenn der einzelne oberste Verwaltungsbeamte die Liste reduciert; es möchte ihm schwerer werden, seinen Willen seinen Collegialräthen aufzudringen, und selbst der Umstand, daß bei der Collegialberathung Gründe angegeben werden müssen, hindert schon eher den Entschluß blos administrativer illiberaler Rücksichten. —

4) Dies forderte in Baiern auf dem Landtage die zweite Kammer.

Ist die Liste gehörig reducirt, so muß in öffentlicher Gerichtssitzung [5]) die eigentliche Bildung der Liste der Geschwornen geschehen, welche für die nächste Assise vorzuladen sind. Die Namen aller auf der reducirten Liste befindlichen Geschwornen werden in eine Urne geworfen und von dem Präsidenten des Gerichts 36 Namen herausgezogen.

II. Setzt man nun ein nach der sorgfältigsten Prüfung gebildetes Geschwornengericht voraus, so wird es doch nicht an Besorgnissen fehlen, daß auch diese in Entscheidungen nicht geübten, an keine Beweistheorie gebundenen, zu keiner Rechenschaft und Angabe von Entscheidungsgründen verpflichteten Geschwornen nicht die Fähigkeit haben, die factischen Fragen zu entscheiden, wie es von geübten rechtsgelehrten Richtern, die Entscheidungsgründe angeben, erwartet werden darf. Es kann nicht fehlen, sagen die Gegner der Jury, daß die Geschwornen bloßes Gefühl, ein subjectives Meinen mit dem Beweise und der rechtlichen Ueberzeugung verwechseln, und so ungerechte Verurtheilungen aussprechen, während falsches Mitleiden, Empfindelei, geheuchelte Reue des Angeklagten, Erwägung schwerer Nachtheile der Verurtheilung des Angeschuldigten u. s. w. Geschworne abhalten können, gegen wahrhaft Schuldige das Verdammungsurtheil auszusprechen. — Nur mit Angst, fahren die Feinde der Geschwornengerichte fort, kann man an die Deliberationen der Geschwornen denken, und sich erinnern, wie leicht ein Paar Schreier, excentrische Männer, oder Personen von ausgezeichneter Beredtsamkeit, ein solches

5) Dies ist erst seit dem Gesetze von 1827 in Frankreich vorgeschrieben.

Uebergewicht ausüben, daß der Ausspruch der sogenannten Majorität der Jury nichts weiter als das Produkt von einer oder zwei Personen ist, als welche die Uebrigen bestimmt oder mit fortgerissen haben. — Alle diese Besorgnisse beruhen auf der irrigen Voraussetzung, daß mit dem Geschwornengerichte keine Beweisregeln vereinbarlich seyen. Folgt man den Ideen, welche in England vermöge Gerichtsgebrauchs dem Geschwornen-institute zum Grunde liegen; bemüht man sich, dasjenige, was dort der Gebrauch heiligte, durch ein bestimmtes Gesetz zu sanctioniren und jene Streitigkeiten abzuschneiden, welche in England eben dadurch entstehen, daß dort keine Gesetze bestehen: so gelangt man auf den richtigen Weg, auf welchem auch Livingston [6]), der geistreiche Gesetzgeber Nordamerika's, seinen Code of evidence entwarf. Prüft man die allgemein in England gebrauchten Werke über den gerichtlichen Beweis (evidence) von Bentham, Russel, Phillips [7]); so enthalten diese Darstellungen 1) die Regeln (rules) über die Beweise, welche gar nicht zugelassen werden sollen in einem Strafprozesse, z. B. daß Ehrlose, Kinder, Wahnsinnige keine Zeugen seyn können. 2) Regeln über die Beweise, welche unter gewissen Umständen unzulässig sind, z. B. in wie fern das Interesse am Ausgange des Streits den Zeugen unfähig macht. 3) Rücksichten, nach welchen die Glaubwürdigkeit der Zeugen vermindert wird, z. B. in wie fern die Aussagen der Mitschuldigen beweisen. 4) Angabe der Er-

6) In diesem Archive Band XII. No. 16.

7) Die Titel dieser Werke sind angegeben in diesem Archive XII. S. 506.

forderniſſe, unter welchen allein Beweiskraft einem gewiſſen Beweismittel zugeſtanden werden kann, z. B. in wie fern einem Geſtändniſſe des Angeklagten getraut werden kann. Wir wollen unſern Leſern einige Proben von den feſt eingewurzelten Anſichten der engliſchen Juriſten über die Beweisführung geben. — Man unterſcheidet genau, ob eine beſtimmte Beweiſesart überhaupt zuläſſig iſt, oder ob ſie hinreichen kann, die Gewißheit zu liefern. Ueber den erſten Punkt hat der Gerichtshof, über den zweiten hat die Jury zu entſcheiden [8]); z. B. ob ein Kind, das als Zeuge producirt wird, zum Eide und zum Zeugniß zugelaſſen werden ſoll, oder ob ein Geſtändniß des Angeſchuldigten in der Voruntersuchung als ein freiwilliges beſtraft werden kann, hat der Richter zu entſcheiden; ob dagegen die Ausſage eines Mitſchuldigen hinreicht, um die Jury zu überzeugen, hat ſie ſelbſt zu beurtheilen. So unterſcheidet man auch bei den Zeugen, ob ein Zeuge incompetent (auch inadmiſſible) iſt, in welchem Falle der Zeuge gar nicht abgehört werden darf, oder ob die gegen den Zeugen vorgebrachte Einwendung nur die credibility betrifft, in welchem Falle der Zeuge vernommen wird; wo aber die Jury zu beurtheilen hat, wie viel Glauben ſie dem Zeugen ſchenken will [9]), ob der Zeuge competent oder zuläſſig überhaupt iſt, hat der Gerichtshof zu entſcheiden. Hat der Richter, welcher der Aſſiſe präſidirt, Zweifel, ob ein Beweismittel zugelaſſen werden dürfe, z. B. ob ein Zeuge als untüchtig zu verwerfen iſt, ſo kann er die Aſſiſe oder nach

8) Phillips a treatiſe on the law of evidence I. p. 18.
9) Ruſſel on crimes Vol. II. p. 588.

Umständen die Urtheilsfällung suspendiren und den Fall den zwölf Richtern [10]) (also den vereinigten Sectionen des höchsten Gerichts) vortragen, so daß die Aussprüche dieser zwölf Richter als die wichtigsten Präjudicien in England erscheinen. — In Bezug auf die Gründe, aus welchen man in England einen Zeugen als untüchtig erkläret, findet sich in neuerer Zeit der Grundsatz, daß man möglichst die Fälle beschränken müsse; indem bei den Meisten so unendlich viele Abstufungen vorkommen, daß nur nach der genauesten Erwägung aller Umstände man urtheilen könne, in wie fern der Zeuge Glauben verdiene. Darnach ist es anerkannt, daß als völlig verwerfliche Zeugen nur erscheinen sollen: 1) wegen Mangels des Verstandes alle Wahnsinnige, völlig Blödsinnige und Verrückte [11]), 2) Kinder, allein nach englischem Rechte [12]) ohne Rücksicht auf ihr Alter; das Gericht hat vorerst zu entscheiden, ob das Kind die nöthigen Kenntnisse von der Wichtigkeit des Eides hat, ob es an Gott und Unsterblichkeit glaubt und die Gefahren des Meineids erkennt; ist dies nicht der Fall, so wird das Kind nicht vernommen; erkennt aber das Gericht, daß das Kind hinreichende Verstandesreife hat, so muß es auch beeidigt werden [13]). 3) Als unfähig erkennt das englische Recht wegen des Mangels religiö-

10) Ruffel l. c. p. 589.

11) Phillips on evidence I. p. 17. Ruffel on crimes II. p. 589.

12) Nach dem schottischen Rechte (Hume Comm. on crim. law of Scotland Vol. II. p. 330.) können Kinder unter 12 Jahren nicht als Zeugen vernommen werden.

13) Ruffel l. c. p. 590. Starkie on evidence II. p. 395.

ser Grundsätze alle Personen, die nicht an Gott, den Vergelter der Handlungen, glauben [14]); daher geht häufig der Vernehmung des Zeugen eine eigene Prüfung über die religiösen Ansichten der Zeugen voraus. Erst eine Parlamentsakte vom 27. Juni 1828 erklärt, daß Quäker und mährische Brüder (ungeachtet sie von der Eidesleistung frei sind), gültige Zeugen seyn können. — 4) Wegen Infamie [15]) unfähig sind alle Personen, welche wegen eines schweren Verbrechens (felonis) verurtheilt worden sind; früher war viel Streit, ob auch wegen gewisser Vergehen (mesdemeanors) der Zeuge unfähig werde; eine Parlamentsakte vom 27. Juni betrachtet nur denjenigen als untüchtig, der wegen Meineids oder Verleitung eines Zeugen zum Meineid verurtheilt wurde. 5) Wegen des Interesse, das der Zeuge am Ausgange des Prozesses hat, soll nach englischer Rechtsansicht nur derjenige unfähig zum Zeugniß seyn, welcher gesetzliches, gewisses und unmittelbares Interesse hat [16]). Wer, wenn der Angeklagte losgesprochen wurde, selbst eine Geldsumme zu bezahlen hätte, ist kein gültiger Zeuge; dagegen kann ein blos mittelbares Interesse des Zeugen, z. B. daß er einen ähnlichen Prozeß hat und daß er ihn zu gewinnen hoffen kann, wenn der Angeklagte siegt, nicht zur Verwerfung des Zeugen hinreichend seyn [17]). Die durch das

14) Phillips I. p. 21.

15) Ruffel l. c. p. 592. Sehr zu beachten sind die Ansichten von Bentham traité des preuves II. p. 147. über Glaubwürdigkeit sogenannter Ehrloser.

16) Phillips l. c. I. p. 46.

17) Ruffel II. p. 600.

Verbrechen verletzte Partei wird in England nicht als ganz verwerflicher Zeuge angesehen, z. B. der Bestohlene, der durch den wucherlichen Vertrag Beschädigte. Ob der durch Urkundenfälschung Beschädigte, welcher von der Verpflichtung zur Zahlung frei wird, wenn die Urkunde als falsch anerkannt ist, ein Zeuge seyn kann, um die Fälschung zu beweisen, wurde oft in England bezweifelt [18]); allein eine Parlamentsakte von 1828 hat die Zulässigkeit des Zeugen ausgesprochen. — Das Zeugniß eines Verwandten, selbst des Vaters wenn der Sohn angeklagt ist, gilt in England nicht als verwerflich; die Jury mag im einzelnen Falle abwägen, wie viel Glauben sie diesem Zeugen schenken will [19]); nur bei dem Zeugniß, das die Ehefrau für oder gegen ihren Ehemann, oder der Ehemann in Sachen der Ehefrau ablegen soll, hat sich die Ansicht erhalten [20]), daß das Zeugniß nicht gültig seyn soll. Man hat sich auf die Identität des Interesse beider Ehegatten und auf die Nothwendigkeit die Vertraulichkeit des häuslichen Lebens zu sichern, als Grund berufen; nur in Fällen, wo die Ehefrau über Mißhandlungen gegen ihren Ehemann Klage stellt, oder in der Anklage über Bigamie, wird das Zeugniß der Ehefrau zugelassen [21]). — Die Regel in Bezug auf Zulässigkeit der Zeugen gilt aber in England, daß der Jury die Beurtheilung der Glaubwürdigkeit der Zeugen überlassen und daher möglichst die Zahl unfähi-

18) Ruffel II. p. 574.

19) Phillips l. c. I. Hawkins pleas of the crown-book II. cap. 46. Ruffel p. 601.

20) Phillips I. p. 77. Ruffel p. 604.

21) Phillips p. 84.

der Angeschuldigte irriger Weise verleitet wurde zu glauben, daß seine Mitschuldigen schon in Verhaft waren, oder dadurch, daß man des Geistlichen sich bediente, um den Angeschuldigten durch Vorstellungen von christlicher Pflicht zu bewegen [32]), sein Verbrechen zu gestehen, das Geständniß nicht als völlig unzulässig angesehen werden könne. Sobald dagegen nachgewiesen werden kann, daß irgend ein irdischer Vortheil dem Angeschuldigten versprochen worden, um ihn dadurch zum Geständniß zu bringen, z. B. wenn man ihm Begnadigung versprach, so muß das Geständniß als unzulässig erklärt werden [33]).

Die bisherigen Anführungen mögen genügen, um den Sinn unseres Antrags zu rechtfertigen, daß auch in einer auf Geschwornengerichte gebauten Criminalordnung gesetzliche Beweisvorschriften gegeben werden sollen. Insbesondre fordern wir, 1) daß das Gesetzbuch genau die Personen bezeichne, welche als Zeugen gar nicht zugelassen werden dürfen, z. B. Wahnsinnige, oder Kinder. Wenn das englische Recht nur Ehegatten nicht als Zeugen zuläßt, so würden wir kein Bedenken tragen, auch Ascendenten und Descendenten und Geschwister nicht als Zeugen zuzulassen [34]), weil die Erhaltung des Familienbandes ein Hauptbestreben des Staates seyn muß, und weil dies eben so leidet, wenn man den Verwandten gegen den Verwandten als

Zeu-

32) Dies kam 1828 in einem Falle vor, wo die zwölf Richter entschieden. Ruffel II. p. 648.

33) Ruffel II. p. 645.

34) Auch der neue baier. Entwurf von 1851. art. 50. läßt diese Personen gar nicht als Zeugen zu.

Zeugen auftreten läßt und denjenigen, welcher die Stimme der Natur so übertäuben kann, daß er gegen seinen Vater auszusagen im Stande ist, die allgemeinen Vorstellungen von natürlichen Pflichten so verletzt, daß die Moral gewiß nichts durch ein solches Zeugniß gewinnen würde. — 2) Nicht weniger müssen genaue Bestimmungen über die Art der Beweisaufnahme gegeben werden. Darin liegt ein Hauptfehler des französischen Prozesses, daß das Gesetz nur in sehr dürftigen Umrissen die Pflichten des Inquirenten in der Vorunterſuchung bezeichnet hat. Man erlaubt sich nicht selten die schändlichsten Mittel um Geständnisse zu erlangen, man bedient sich der Gerichtsdiener um solche Bekenntnisse herauszulocken; nimmt es mit Versprechungen und Drohungen nicht genau, und die Zeugenvernehmungen bestehen meistens nur aus suggestiven Fragen. — Je genauer die Vorschriften gegeben, Verbote z. B. wegen Drohungen erlassen werden, desto besser ist die Grundlage, welche die Richter erhalten. Führt man an, daß auf solche in der Vorunterſuchung abgelegte Geständnisse doch kein Werth gelegt werde, weil nur die in der öffentlichen Sitzung geschehenen Aussagen entscheiden könnten, so irrt man sehr; — denn läugnet der Angeschuldigte in der Audienz, so werden ihm die in der Vorunterſuchung abgelegten Geständnisse vorgehalten, und mehr oder weniger wirken doch solche Bekenntnisse, wenn auch der Angeschuldigte noch so oft betheuert, daß er getäuscht oder gezwungen worden sey, auf die Richter. Es bedarf daher genauer Vorschriften über die Benutzung der Beweise in der Vor- und Hauptunterſuchung. — 3) Unentbehrlich scheint die Bearbeitung einer Beweisinstruction als Anhang der Criminalordnung.

Was das englische Recht nur durch den Gerichtsgebrauch über die Rücksichten, nach welchen die Glaubwürdigkeit eines Zeugen geprüft werden muß, über die Bedingungen, unter welchen das Geständniß als ein freies und beweisendes angesehen werden kann, über die Erfordernisse der Beweiskraft mancher Beweisarten aufstellt, sollte hier vollständig und klar als eine gesetzliche Instruction für die Geschwornen zusammengestellt werden. Was unsere deutschen Strafprozeßordnungen in dem Kapitel über den Beweis enthalten, wird zum großen Theil in diese Instruction aufgenommen werden; nur wird sich dieselbe frei halten von allen positiven Beweisnormen, z. B. daß bei dem Daseyn von zwei Zeugen eine Gewißheit angenommen werden müsse [35]), und eben so von allen negativen Beweissätzen, z. B. daß auf die Aussage eines Zeugen, oder auf Zusammentreffen von Indicien kein Beweis gebaut werden dürfe [36]); die Instruction wird nur Fingerzeige und Anweisungen, welche den minder geübten Geschwornen aufmerksam machen sollen, z. B. bei dem Geständniß, daß es wahrscheinlich durch andere Umstände unterstützt seyn muß, und eben so Warnungen enthalten, welche denjenigen, welcher weniger Erfahrung hat, vor leichtsinnigen Verurtheilungen bewahren sollen. Das Ermessen der Geschwornen ist dabei noch immer unbeschränkt; denn wieviel Glauben der Geschworne der Aussage des Mitschul-

35) Wohlverstanden ist ohnehin auch dies nie die Absicht der deutschen gesetzlichen Beweistheorie; s. N. Archiv des Crim. R. XII. S. 491.

36) Daß die im neuen baier. Entwurf art. 168. vorkommende negative Beweistheorie keine Billigung verdient, ist im vorigen Hefte dieses Archivs Band XIII. Nr. 4.

digen schenken will, hängt doch von ihm ab; allein wird von dieser Beweisinstruction jedem Geschwornen, sobald er als solcher vorgeladen ist, ein Exemplar zugestellt, so wird er mit den darin ausgesprochenen Ansichten sich vertraut machen. In den Debatten selbst wird der Instruction ein Maaßstab gegeben, nach welchem man die vorgekommenen Beweise prüft; der Staatsanwalt wird nach den darin enthaltenen Aussprüchen den Beweis als gelungen darzustellen suchen; der Vertheidiger wird zeigen, daß eben nach den in der Instruction angegebenen Rücksichten der Beweis nicht als genügend anzusehen sey. Die Geschwornen werden dadurch genöthigt werden, ihre Aufmerksamkeit auf die Aussprüche der Instruction zu richten. Ihr Urtheil wird nicht aus einem dunklen Gefühle stammen, sondern verständiger und geregelter auf die Rücksichten der Instruction sich gründen. Der Präsident der Assise wird bei der Ermahnung an die Geschwornen vor der Eidesleistung auf ihre Pflicht, die Anschuldigungsgründe abzuwägen und nach der Beweisinstruction zu prüfen, die Geschwornen aufmerksam machen und an schicklichen Stellen der Verhandlung über den Sinn einzelner Bestimmungen der Beweisinstruction sich erklären, die Aufmerksamkeit der Geschwornen darauf hinweisen, und durch Urtheil des Gerichts einzelne Rechtsfragen, die auf den Beweis sich beziehen, entscheiden. — In der Berathschlagungskammer selbst giebt die Instruction den Geschwornen einen festen Anhaltspunkt; es wird die Gefahr eines bloßen, ohne Klarheit von Gründen aufgestellten Fürwahrhaltens der Geschwornen vermieden, und der Ausspruch der Jury wird mehr das Produkt einer gründlichen geregelten Berathung und Abwägung

von Gründen seyn. — Es bedarf nur noch der Erörterung, welches Verhältniß zwischen den Geschwornen und den rechtsgelehrten Assisenrichtern Statt finden soll. Folgende Fragen verdienen hier eine Prüfung. 1) Soll den Assisenrichtern erlaubt seyn, da, wo sie sich überzeugen, daß die Geschwornen nicht den Beweisregeln gemäß gesprochen haben, sie, nachdem sie ihnen die Gründe, aus welchen das Urtheil nicht gerecht scheint, angegeben haben, die Geschwornen noch zu einer wiederholten Prüfung aufzufordern? [37]) 2) Sollen da, wo eine bloße absolute Majorität (7 von 12 Stimmen) den Angeklagten als schuldig erklärte, die Assisenrichter berufen seyn [38]), über die Thatfrage selbst zu urtheilen, so daß ihre Stimmen zu denen der Geschwornen addirt werden? 3) Sollen die Richter, wenn sie überzeugt sind, daß die Geschwornen sich irrten und ungerecht verurtheilten, das Recht, haben, die Verhandlung des Falles vor ein anderes Geschwornengericht zu weisen? [39]) 4) Soll der Ausspruch nur dann eine Kraft erhalten, wenn auch die rechtsgelehrten Richter damit übereinstimmen, so daß die Richter nicht an den Ausspruch der Geschwornen gebunden sind, sondern nach ihrer moralischen Ueberzeugung sprechen, aber Entscheidungsgründe angeben müssen? [40]) 5) Welchen Werth hat der neueste Vorschlag [41]), die Fragen über

57) Dies schreibt der Livingstonsche Code of procedure vor.

58) Dies schreibt der französ. Code d'instruct. art. 551. vor.

59) Z. B. nach Code d'instruct. art. 552.

40) Dies schlägt vor Freiherr v. Stengel in Duttlinger's und v. Weiler's Archiv für die Rechtspflege und Gesetzgebung in Baden. I. Bd. 2s Heft. Nr. 24.

41) In der Schrift: Dialogen das Criminalrecht betreffend. Danzig 1831. S. 42—59.

den Thatbestand und den Thäter zuerst nach den Beweisnormen durch die angestellten Richter entscheiden zu lassen? und wenn diese den Angeklagten als schuldig finden, die Geschwornen oder das Gewissensgericht über die Absicht, Beweggründe, Freiheit des Thäters bei dem Entschlusse, entschuldigende Verhältnisse ꝛc. urtheilen zu lassen, worauf erst wieder die Staatsrichter das Endurtheil fällen?

(Der Beschluß folgt im nächsten Hefte.)

X.

Beurtheilung der neueſten criminaliſtiſchen Schriften, insbeſondere über die Todesſtrafe.

1) Du maintien de la peine de mort. Par M. J. A. Silvela. Paris 1832.

2) Quelques obſervations de M. de Sellon ſur l'ouvrage intitulé: néceſſité du maintien de la peine de mort. Genève 1832.

3) Reflexions ſur la peine de mort, le ſupplice de la marque, et les travaux à temps. Caen 1831.

4) Les griefs – maintenues la peine de mort. Par Dinocourt. Paris 1830.

5) De la peine de mort. Opinion prononcée dans la conférence générale des avocats de Paris. Par A. Bovier – Lapierre. Paris 1832.

6) Facts relating to the puniſhment of Death in the metropolis, by Wackefield. London 1831.

7) Report on the ſelect Committee on criminal commitments and convictions communicated by the comons to the lords. 1828. 1829.

8) Rapport fait au nom de la Commiſſion chargée d'examiner le projet de loi relatif à des reformes dans la legislation pénale. Par Dumon. Paris 1831.

9) Rapport fait à la chambre des Pairs. Par le Comte de Bastard. Paris 1832.

Die bedeutendſte criminaliſtiſche Schrift, die ſeit längerer Zeit in Frankreich über Criminalrecht erſchienen iſt, und eine der wichtigſten auch für jeden Ausländer intereſſanten Schriften über Todesſtrafe, iſt die oben unter Nro. 1. genannte. Ein geſunder, richtiger, praktiſcher Sinn, verbunden mit logiſcher Schärfe und philoſophiſchem Forſchungsgeiſte geht durch die Schrift hindurch, und Klarheit der Darſtellung macht das Buch des Verfs. (eines Oppoſitionsmannes) doppelt intereſſant. Bei der Unklarheit der Anſichten, die nicht ſelten in Frankreich in Bezug auf die Anwendung der Todesſtrafe bemerkbar ſind, hielt der Verf., der ſich für die Nothwendigkeit der Beibehaltung der Todesſtrafe für einige Verbrechen erklärt, für nothwendig, bei den criminaliſtiſchen Grundbegriffen prüfend zu verweilen, und die gewöhnlich gegen die Todesſtrafe vorgebrachten Einwendungen einer ſtrengen Kritik zu unterwerfen. — Der Verf. erhebt ſich zwar nicht deutlich zu dem Gerechtigkeitsprincip; nach ihm (S. 7) iſt der Zweck der Strafe der, zu verhindern, daß der Beſtrafte nicht wieder Verbrechen begehe, und der Verletzung der Geſetze durch andere Bürger vorzubeugen. Die bürgerliche Geſellſchaft braucht aber (S. 9), um den Zweck zu erreichen, durch Strafen ihre Erhaltung, Ordnung und Frieden zu erhalten, nicht mehr Uebel zuzufügen, als die Expiation des Verbrechens fordert. Die Todesſtrafe überſteigt (S. 11) in vielen Fällen die Gränze des Bedürfniſſes. Die Strafe nennt der Verf. (S. 20) die Suspenſion oder Entziehung eines oder aller Rechte als Folge eines Verbrechens, inſofern dieſe Entziehung durch die Staatsgewalt nach einem unparteiiſchen Urtheil zum Zwecke des Vorbeugens gerechter Ausgleichung des Unrechts und zum Zwecke der Beſſerung des Schuldigen angeordnet wird, und inſofern alle dieſe drei Zwecke erreicht werden können. Die Strafe ſoll daher (S. 26) vorbeugen, ausgleichen, beſſern; allein dies darf nicht ſo aufgefaßt werden, daß jede Strafe alle drei Zwecke zugleich

erfüllen müßte; der Gesetzgeber soll suchen dies zu erreichen, aber das Wesen der Strafe leidet nicht, wenn auch eine Strafart z. B. keine Besserung bewirkt. Der Verf. zeigt nun (S. 55), daß die Todesstrafe die höchste Strafe sey, und wendet sich dann zur Prüfung der Rechtmäßigkeit dieser Strafart, indem er vorzüglich die Ansichten von Lucas zergliedert. Er klagt (S. 55), daß man bei der ganzen Frage es sich von beiden Seiten so leicht mache. Nach dem Verf. (S. 55) ist utilité commune die eigentliche Gerechtigkeit des Gesetzgebers; nur müsse man sich über das Princip des Nutzens gehörig verständigen. Der Verf. (S. 60) tadelt die Ansicht, nach welcher der Staat nur als das Resultat von Opfern angesehen wird, welche jeder Einzelne bei seinem Eintritt in den Staat in Bezug auf seine Freiheit bringt. Nur eine Berücksichtigung der Gesetze der Organisation des Menschen, der Gesetze der moralischen Natur in Bezug auf das Recht, sich selbst zu zerstören und zu erhalten, kann bei Prüfung der Fragen über Todesstrafen (S. 68) zum Ziele führen. Wir dürfen, sagt der Verf. (S. 66), zu unsrer Vermuthung nur zwei Mittel anwenden, welche am besten den Zweck unsrer Erhaltung zu erreichen geeignet sind. Der Mensch darf sein Leben der Gefahr aussetzen, um es zu erhalten, z. B. bei Nothwehr; dasselbe tritt nun nach dem Verf. auch im Staate ein, in welchem der Mensch mehrfache Vortheile erreicht, und gleichsam zu seinen Mitbürgern spricht: schützt meine Existenz, wie ich es von meiner Seite in Bezug auf eure Existenz thue. Wie ich daher ungerechter Weise das Leben Andrer angreife, so gebe ich auch das Recht, mein eignes zu zerstören. Jeder Bürger leistet also durch die Verpfändung seines eignen Lebens Garantie dem Staate. Der Verf. kommt dann zu dem Vertheidigungsrecht des Staats (S. 108), erkennt da die Vertheidigung als ungerecht wo ihre Nothwendigkeit aufhört, findet die Todesstrafe gerechtfertigt durch die Garantie, welche der Bürger, indem er sein Leben einsetzte, geleistet hat, erkennt aber nur dann die Strafe als gerechtfertigt, wenn man in dem Schuldigen alle moralische Garantie, alle Hoffnung der Rückkehr zur

Tugend erloſchen findet, keine Beſſerung erwartet werden kann, und wenn erkannt iſt, daß das Leben des Verbrechers unverträglich iſt mit der ſichern Erhaltung der übrigen Bürger. Der Verf. prüft nun die einzelnen gegen die Todesſtrafe vorgebrachten Einwendungen, und zwar (S. 118) die Einwendung, daß die Todesſtrafe nicht nützlich ſey, weil ſie unwirkſam wäre, da ſie nicht die Furcht und das heilſame Beiſpiel hervorbringe, das man beabſichtige. — Der Verf. zeigt die Unrichtigkeit des Schluſſes, den man oft macht, wenn man ſich auf die Beiſpiele der Länder beruft, wo ſehr häufig Todesſtrafen angewendet werden, und wo die ſchweren Verbrechen doch am häufigſten vorkämen; er fragt mit Recht, warum man dieſe Zunahme der Verbrechen nicht auf andere Urſachen ſetzen wolle; er fragt, warum man nicht auch die vielleicht große Zahl der Fälle in Anſchlag bringen wolle, wo die Todesſtrafe allein die Begehung von Verbrechen hindert. Der Verf. zeigt, daß man überhaupt nur vorſichtig von den bei einem Volke beobachteten Verhältniſſen auf andere Völker ſchließen dürfe, z. B. wenn man auf Nordamerika ſich beruft, oder Toskana anführt (S. 124), wo man die Abnahme von Verbrechen ja nicht auf Rechnung der Abſchaffung der Todesſtrafe ſetzen dürfe. Der Verf. widerlegt überall (S. 186) die Anſichten von Lucas, insbeſondere auch ſeine Behauptung, daß die zum Tode Verurtheilten kein Zeichen der Furcht vor dem Tode geben; er zeigt, daß Lucas die Fälle durch einander werfe, und aus einigen Fällen, wo Lebensüberdruß wirkte, oder Trunkenheit, oder Verzweiflung, oder Depreſſion aller Seelenkräfte, den Schrecken des Todes zu unterdrücken ſchien, eine Regel irriger Weiſe ableite. Der Verf. (S. 141) giebt zu, daß moraliſche und religiöſe Motive ſtärkere Abhaltungsgründe von Verbrechen ſind, als die gemeine Furcht, allein er verlangt, daß man die nun einmal nicht abzuläugnende ſinnliche Natur des Menſchen gleichfalls in Anſchlag bringe, nach welcher die Furcht vor dem Tode ihre Rolle ſpielt. — Auf gleiche Art widerlegt der Verf. (S. 157) die Einwendung, daß die Todesſtrafe eine peine irréparable ſey; er zeigt, daß das Merkmal, daß

Strafe réparable sey, zwar ein zufälliges, aber nicht nothwendiges sey; daß aber die Todesstrafe mit den meisten andern Strafarten diese Möglichkeit des Irrthums und die Unmöglichkeit des vollständigen Ersatzes theile; der Gesetzgeber müsse nur Sorge tragen, daß die Strafurtheile auf den möglichst hohen Grad von Gewißheit, die der Mensch erreichen kann, gebaut werden; auch widerlegt der Verf. (S. 198) die Schlüsse, welche man aus den Fällen ableitet, in welchen das Urtheil der zweiten Jury von dem der ersten völlig abweichend war. — In Bezug auf die Einwendung, daß die Todesstrafe ungerecht sey, weil sie individible et inappreciable sey, bemerkt der Verf. (S. 218), daß allerdings einige Strafarten die Inconvenienz haben, daß sie nicht die Berücksichtigung individueller Umstände in den einzelnen Fällen gestatten (S. 227), daß aber deswegen die Strafart nicht eine ungerechte werde. Der menschliche Gesetzgeber kann freilich nicht (S. 229) wie der göttliche Richter die genauesten Grade der Verschuldung abwägen, aber er thut was er kann, und stuft daher seine Strafen so ab, daß der Richter die Grade der Verschuldung möglichst abwägen und die Strafe der Verschuldung in concreto anpassen kann; auch bei der Todesstrafe bleibt der Gesetzgeber consequent, und läßt sie nur anwenden, wo die sorgfältigste Prüfung diese Strafe als eine wegen des höchsten Grades der Verdorbenheit des Verbrechers völlig verdiente erkennt. In Bezug auf die Einwendung, daß die Todesstrafe schädlich sey, weil sie das Volk demoralisire (S. 241), giebt der Verf. (wie Rec. meint, wohl zu nachgiebig) zu, daß die öffentliche Vollziehung der Strafe wirklich schädlich sey, indem sie das Gemüth verhärte, und das Volk gegen den Schauder der Hinrichtung gleichgültig mache; der Verf. sucht zu zeigen (S. 250), daß die Vortheile, welche man durch die Oeffentlichkeit der Hinrichtung bezweckt, nicht wahrhaft gegründet seyen; und der Verf. (S. 256) beruft sich darauf, daß auch die französ. Regierung dies anerkannt habe, indem sie natürlich die Vollziehung der Hinrichtung von dem place de Greve in Paris entfernte. — Der Verf. geht nun (S. 263) zur

Prüfung über, ob die Einsperrung in dem Pönitentiarhause ein taugliches Surrogat der Todesstrafe werden könne. Er zeigt, daß, wenn man die Todesstrafe für ungerecht hält, weil sie die dem Menschen bestimmte Lebenszeit abkürzt, der Vorwurf auch, obgleich im mindern Grade, die Einsperrung treffe, welche ebenfalls auf die Gesundheit des Verurtheilten wirke; der Verf. widerlegt (S. 274) das Vorurtheil, nach welchem man die Todesstrafe für ungerecht hält, weil sie den Verurtheilten in eine für sein Seelenheil nachtheilige Lage setzt; er zeigt, daß eben bei der Todesstrafe der Verurtheilte am ersten zur Reue aufgefordert und mit der Gottheit versöhnt wird. — Nach der Ansicht des Verf. darf aber die Todesstrafe nur angewendet werden (S. 281), wenn die moralische Verdorbenheit des Verbrechers das Mißtrauen der bürgerlichen Gesellschaft gegen ihn aufs höchste steigert, und der Verbrecher als unverbesserlich betrachtet werden kann, und zugleich die Gefahr für die bürgerliche Gesellschaft, das Bedürfniß der Repression und die traurige Nothwendigkeit des Beispiels fordern, daß die Gesellschaft für ihre Vertheidigung die äußersten Mittel anwende; der Verf. (S. 297) rechnet dahin den Fall des Vater-, Bruder-, Gattenmords und der Tödtung mit besondern Martern gegen den Verletzten ohne Rücksicht auf Prämeditation und den mit Hinterlist und Vorbedacht verübten Mord — wenn diese Verbrechen von großjährigen Personen verübt sind. — Ob auch der Hochverrath in die Klasse der todeswürdigen Verbrechen gehöre, (daß zwar höchste Gefahr für den Staat da ist, gesteht der Verf., bekennt aber auch, daß die Constatirung des moralischen Zustandes des Hochverräthers sehr schwierig ist,) will der Verf. (S. 299) nicht entscheiden. Der Verf. fordert (S. 306), daß die Hinrichtung nicht an öffentlichen Orten geschehe; nicht die Oeffentlichkeit, sondern die Notorietät der Hinrichtung muß man nach der Ansicht des Vfs. beibehalten. Der Verf. vermengt sich mit der von Urtis vorgebrachten Meinung, daß man am besten ein eignes zu Hinrichtungen bestimmtes Gebäude errichten solle, daß dann der Scharfrichter nach vollzogener Execution heraustreten und laut

rufen solle: l'assassin a vecu; daß am Tage der Hinrichtung ein Tambour durch Trauerschläge und eine eigene Todtenglocke das Zeichen geben solle; der Verf. schlägt noch vor, daß man den Sarg, in dem der Leichnam des Hingerichteten sich befindet, an einen öffentlichen Ort bringen (für den äußersten Fall will sich der Verf. noch gefallen lassen, daß man in einer Kirche die Leiche des Hingerichteten öffentlich ausstelle) und dort ein obrigkeitlicher Beamte eine Anrede an das Volk halten soll; der Anblick des Sargs u. a. würde, wie der Verf. glaubt, den größten Eindruck auf das Volk machen. — Der Verf. prüft endlich (S. 316) noch das Pönitentiarsystem, das er deßwegen nicht als ein taugliches Surrogat für die Todesstrafe erkennen will, weil die einsame Einsperrung nie genug Uebel enthalten und so auf den Verbrecher wirken wird, als die Todesstrafe es thut. Die Hoffnung der Entweichung schwäche auf jeden Fall die Kraft der Einsperrung, und sichere Garantieen erhalte durch das Gefängniß die bürgerliche Gesellschaft nicht. In Bezug auf die von den Vertheidigern des Pönitentiarsystems über die heilsamen Wirkungen des Systems vorgebrachten Thatsachen bemerkt der Verf. (S. 325), daß man von Nordamerika keinen Schluß machen dürfe, indem dort wenig große Verbrechen zu bestrafen sind und es an vielen Beweggründen fehlt, die in andern Ländern zu Verbrechen treiben; daß auch Genf (S. 331) nichts beweise, weil man die Thatsache, daß seit Gründung des Besserungshauses nur ein Mord verübt worden, nicht auf Rechnung des neuen Systems schreiben darf, da überhaupt nach den mildern Schweizersitten große Verbrechen selten seyen. Die Einsperrung im Besserungshause kann, wie der Verf. meint (S. 338), verdorbene Menschen nicht von der Begehung von Verbrechen abhalten. Der Verf. giebt aber zu (S. 341), daß dies Besserungssystem ein wichtiges Hülfsmittel der Repression ist und daß überall, wo eine zeitliche Einsperrung vorkommt, der Staat auch die Verbesserung der Verbrecher zu bewirken suchen müsse; er giebt zu (S. 347), daß die Mittel, deren sich das System bedient, geeignet sind, Besserung zu bewirken; nach dem Verf. aber (S. 362)

müs-

müssen die Mittel der Besserung in ein gehöriges Verhältniß mit denen der Repression gebracht werden. Die Strafe soll das physische und moralische Uebel, das der Verbrecher stiftete, ausgleichen; allein bei dem moralischen Uebel wird es dem Gesetzgeber, wie dem Richter, der nur an die Resultate der Untersuchung sich halten muß, schwer werden, das Rechtsverhältniß zu finden; das Pönitentiarsystem könnte hiezu beitragen das Verhältniß herzustellen; da in der Strafe zweierlei liegt, nämlich Bedürfniß durch die Strafe von Begehung von Verbrechen abzuhalten, und Besserung des Verbrechers, so sollte man in jedem Strafurtheil, das auf Gefängniß erkennt, zwei Theile unterscheiden, einen fest bleibenden, auf die Nothwendigkeit der Abschreckung berechneten Theil, und einen veränderlichen, der bestimmt ist, der Besserung des Verurtheilten zu correspondiren; wenn nun z. B. Jemand, wegen Diebstahls mit Einbruch, zu 4 Jahre Besserungshaus verurtheilt ist, so würde der Richter 3 Jahre als den fest stehenden Strafttheil und 1 Jahr als abänderlich aussprechen, und wenn nach 3 Jahren der Sträfling als gebessert erschiene, so würden die Mitglieder der Commission, die darüber zu entscheiden hätten, das noch fehlende Jahr erlassen können, weil dies ja nur als das Besserungsjahr ausgesprochen war, aber dann wegfallen muß, wenn der Sträfling schon gebessert ist. Das Gericht müßte dann im Strafurtheil ausdrücken, wieviel Jahre der Strafe als unabänderlich, wieviel als abänderlich gelten sollen. Darüber, ob nach dem Ablauf der als unabänderlich bestimmten Strafzeit der Sträfling entlassen werden soll, müßte ein eignes Conseil (S. 387) entscheiden, und ein zweites Urtheil müßte gleichsam von diesem gefällt werden. — Wenn auch nach dem Ablauf der als veränderlich bestimmten Zeit der Sträfling nicht gebessert ist, so müßte das Conseil de liberation das Recht haben, den Sträfling noch in der Anstalt zu behalten, und alle drei Monate wird auf das Neue von dem Conseil entschieden, ob der Sträfling entlassen werden soll. — Wir hoffen durch eine treue Darstellung des Inhalts des Buchs unsere Leser überzeugt zu haben, daß die

strafe; und weil es Pflicht ist, in der Sache der Fortschritte der Humanität nicht zu wanken und sie gegen jeden Angriff zu vertheidigen, so hat auch die neueste Schrift, die aus manchen andern Schriften über Unzweckmäßigkeit der Todesstrafe Notizen sammelt, ein Verdienst. Wie wenig diese Strafe für politische Verbrechen je zu rechtfertigen ist, sucht der Verf. (S. 115 ff.) auch dadurch zu zeigen, daß er die zahlreichen Beispiele aus der Geschichte anführt, in welchen edle Menschen in verschiedenen Staaten blos wegen politischer Verbrechen auf dem Schaffotte bluteten. — Die Schriften Nr. 3—5. gehören in die Reihe jener in Frankreich über Modegegenstände ohne alle Sachkenntniß geschriebenen und gewöhnlich nur Declamationen enthaltenden Schriften; für die Wissenschaft und den Gesetzgeber geben sie keine Ausbeute. — Viel wichtiger ist die Schrift Nr. 6. und die Nr. 7. angeführten reports. Für den Gesetzgeber wird es höchst bedeutend, die Stimmen der Erfahrung über die Wirkung der Todesstrafe zu sammeln, insbesondere, ob wirklich diese Strafe zur Verminderung der Verbrechen beitrage; wie die öffentliche Stimme die Strafart betrachtet, und inwiefern sie als wirksam angesehen werden kann, weil da, wo ihre entschiedene Unwirksamkeit dargethan wäre, auch jede Berufung auf die Nothwendigkeit der Todesstrafe wegfallen würde. In dieser Beziehung verdienen die unter Nr. 6. 7. genannten Schriften die allgemeine Aufmerksamkeit. Bekanntlich hat kein europäisches Land eine Strafgesetzgebung, in welcher Todesstrafen so häufig vorkommen; man sollte erwarten, daß die schweren Verbrechen in diesem Lande abnehmen, und doch lehrt die Erfahrung das Gegentheil. Wir wollen nur nach den vor uns liegenden officiellen Tabellen das Verzeichniß der von 1823—1829 verübten Capitalverbrechen betrachten, um die Leser zu überzeugen, daß diese Verbrechen zugenommen haben. Im Jahre 1823. waren 968, 1824. 1066, 1825. 1056, 1826. 1203, im J. 1827. 1526, 1828. 1065, im J. 1829. 1385 zum Tode verurtheilte Personen in England und Wales. Fragt man nun, wieviel von diesen wirklich hingerichtet wurden, so erfährt man, daß von 8849 innerhalb dieser

7 Jahre zum Tode Verurtheilten an 438 wirklich die Strafe vollzogen wurde. Während daher die todeswürdigen Verbrechen im Steigen ſind, iſt es doch nur eine kleine Zahl, an welchen die Strafe exequirt wird, und ſo hat gerade bei den ſchwerſten Verbrechen der Verbrecher am erſten die Ausſicht, daß die Strafe doch nicht eintreten werde. Noch ſchlimmer aber iſt es, wenn man in den Tabellen das Verhältniß der in Anklageſtand Verſetzten zu der Zahl der wirklich Verurtheilten betrachtet. In den letzten 7 Jahren wurden wegen Brandſtiftung 177 Perſonen vor Gericht geſtellt, davon 44 verurtheilt und 70 freigeſprochen; — erfährt man dann erſt, daß nach den Zeugniſſen der Erfahrung die meiſten Verbrechen in England gar nicht zur Anzeige kommen, weil der Verletzte nicht Urſache ſeyn will, daß der Schuldige mit ſo ſchwerer Strafe belegt werde, weil Zeugen ihm durchhelfen u. ſ. w., ſo muß dies den Geſetzgeber wohl aufmerkſam machen. Hr. Wackefield, der Verf. der unter Nr. 6. oben angeführten Schrift, ſammelte nun die verſchiedenen Materialien über die Wirkſamkeit der Todesſtrafe und ſucht zu zeigen, daß dieſe Strafart nicht blos den beabſichtigten Zweck nicht erreiche, ſondern ſelbſt die Strafloſigkeit großer Verbrechen bewirke und daher zur Vermehrung der Verbrechen beitrage. Wichtiger ſind noch die Erfahrungen, welche er über den Eindruck angiebt, den die Verurtheilung zur Todesſtrafe auf die Verbrecher macht; und da Wackefield ſelbſt ſchon als Gefangener ſeit einigen Jahren in Newgate lebt, ſo iſt die Quelle, aus der er ſchöpft, rein. Nach ſeiner Angabe nun macht die Verurtheilung auf die Mehrzahl der Verurtheilten keinen Eindruck, und die Züge von Rohheit und Gemeinheit, mit welcher die Mehrzahl der Verurtheilten die Verurtheilung aufnimmt, ſind nicht geeignet, eine günſtige Meinung von der Strafart zu bewirken; allein man muß bei dem Gebrauche des Buchs von Wackefield ſehr vorſichtig ſeyn; es iſt nicht der ruhige unbefangene Beobachtungsgeiſt, der ſich bei ihm ausſpricht, ſondern überall äußert ſich die vorgefaßte Meinung, daß die Todesſtrafe völlig unwirkſam ſey, und das Streben, die Thatſachen ſo zu drehen, wie ſie

zu seinen Ansichten taugen; ein geistreicher Aufsatz im Quarterly review 1832. March. p. 170—216, rügt mit Recht diese Einseitigkeit des Vfs. Wakefield behauptet zuviel, wenn er darthun will, daß bei Verbrechen, denen Todesstrafe gedroht ist, die Jury so häufig freispreche. Die Tabellen lehren das Gegentheil; in den Jahren 1823—29 kamen 2052 Anklagen gegen Straßenräuber vor, und davon wurden 1055 verurtheilt und 774 freigesprochen. Von Banknotenfälschungen wurden in 7 Jahren 95 vor Gericht gestellt, und ungeachtet der harten Strafe (Todesstrafe) die darauf steht, wurden doch 72 verurtheilt und nur 19 losgesprochen; man sieht daher, daß die englischen Geschwornen doch nicht so sehr, als man es oft glaubt, von Mitleiden sich hinreißen lassen, um auch den überwiesenen Verbrecher der Strafe zu entziehen. — Einen reichhaltigen Stoff zum Nachdenken geben die unter Nr. 7. angeführten Berichte. Eine eigene Parlamentscommission untersucht jährlich die Ursache der Zunahme der Verbrechen, sie vernimmt alle Personen, deren Erfahrungen ihr wichtig scheinen, und legt dann die Resultate dem Parlamente vor. Die interessantesten Beobachtungen finden sich in diesen reports, denen wichtige Tabellen beigefügt sind; wir werden im nächsten Artikel „über Gefängnißwesen" diese Beobachtungen anführen; auch über die Todesstrafe enthält der Berichte von 1829 (p. 14) die Bemerkung, daß unter den Ursachen der Zunahme der Verbrechen die Todesstrafe angeführt werden müsse, da doch von so vielen Verbrechern, die zum Tode verurtheilt werden (im Jahre 1826 wurden 1200 verurtheilt und 57 hingerichtet), nur an Wenigen die Strafe vollzogen wurde, und so die Verbrecher keine Scheu vor der Strafvollziehung hätten. — Als eine große legislative Erscheinung auch in Bezug auf Todesstrafen betrachten wir vor allem das neue französ. Gesetz vom 28. April 1832, Modificationen im Criminalgesetzbuche betreffend. Darauf beziehen sich die zwei unter Nr. 8 und 9. angeführten, in der Kammer erstatteten Berichte, wovon vorzüglich der Bericht von Dumon durch eine Fülle praktischer Bemerkungen sich auszeichnet. Nur vorläufig (da wir im nächsten

Hefte des Archivs über dies Gesetz umständlicher sprechen wollen) soll die Bedeutung des Gesetzes in Ansehung der Todesstrafe hervorgehoben werden. Das Ministerium und mit ihm die Kammern fühlten das Bedürfniß, daß die Zeit kommen möge, in welcher der Stand der Civilisation und das Daseyn andrer Strafeinrichtungen die gänzliche Abschaffung der Todesstrafe möglich machen; vorerst suchte man die Todesstrafe nur für die Fälle, in welchen die allgemeine Stimme die Strafdrohung für ungerecht erkannte, aufzuheben, und so ist die Todesstrafe aufgehoben 1) für die Fälschung von Gold- und Silbermünzen; 2) für Fälschung der Staatssiegel, Staatspapiere und Bankbillette; 3) für die Tödtung, welche mit der Begehung eines andern Verbrechens verbunden ist, wenn zwischen beiden Verbrechen kein Zusammenhang existirt; 4) für Diebstahl; 5) für Diebshehlerei; 6) für Arrestation unter falscher Amtskleidung oder Namen. — Zwar ist damit noch nicht genug geleistet, denn die Todesstrafe bleibt darnach noch für den Kindesmord, für jede Vergiftung stehen, und der bloße Versuch eines todeswürdigen Verbrechens wird auch noch mit dem Tode bestraft. Hier hat aber das Gesetz auf eine andere Art nachgeholfen; denn nach dem neuen Gesetze art. 6 u. 7. soll in jedem Falle das Geschwornengericht auch die Frage beantworten, ob Milderungsgründe vorhanden sind, und wird diese Frage bejaht, so sollen nach art. 94. die Assisenrichter, statt der Todesstrafe, die lebenslängliche oder eine zeitliche Zuchthausstrafe erkennen. Dadurch ist der große Vortheil erreicht, daß die Geschwornen, künftig nicht mehr durch die Härte der gesetzlich gedrohten Strafe geschreckt, lieber den Ueberwiesenen ganz lossprechen, um nicht die Anwendung der harten Strafe zu veranlassen, da sie jetzt wissen, daß durch den Zusatz: es sind Milderungsgründe da, die Richter genöthigt werden, keine Todesstrafe eintreten zu lassen. Die Regierung erreicht ferner den Vortheil, daß sie die Stimme des Volkes über die Todesstrafe am zuverlässigsten erfährt, und daß diese Strafart nur angewendet wird, wo wirklich das Geschwornengericht den Schuldigen als des Todes wür-

dig erkennt; und so gestaltet sich die Anwendung des Gesetzes selbst verschieden nach der Bildungsstufe und den Ansichten der Departements. Die Geschwornen im Süden werden vielleicht seltener von dem Rechte, die Todesstrafe zu beseitigen, Gebrauch machen, als die Geschwornen in Paris oder in Rouen. Langsam, aber sicher und im Einklang mit der öffentlichen Stimme und den Bedürfnissen, bereitet sich so die Umgestaltung.

Neues Archiv
des
Criminalrechts

herausgegeben

von

den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

J. M. F. Birnbaum
gegenwärtig in Bonn,

A. G. Heffter
in Halle,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

C. G. Wächter
in Tübingen.

Dreizehnten Bandes drittes Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn
1832.

Inhalt.

XI. Das französische Gesetz vom 28. April 1832 über die Verbesserung der Criminalgesetzgebung, geprüft von Mittermaier. S. 319

XII. Ueber die Dauer einer zeitigen Freyheitsstrafe. Von Herrn Oberappellationsrath und Prof. Kopak zu Jena. — 349

XIII. Criminalistische Bemerkungen praktischen Inhalts. Von Herrn Oberappellationsrathe Dr. Spangenberg in Celle. — 355

XIV. Revision der Lehre von dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit (crimen vis). Von Wächter. (Schluß der Abhandl. im vor. Hefte Nr. VII.) — 374

XV. Ueber die verschiedenen Arten strafbarer Tödtung und ihr Zusammenfassen in einen Gattungsbegriff, mit Rücksicht auf den Begriff der Entwendung, insbesondre von der fahrlässigen Tödtung und von dem Unterschiede zwischen Criminal- und Civilverbrechen nach gemeinem deutschen in Vergleichung mit dem französischen Rechte. Von Birnbaum. (Fortsetzung des in Heft 2. Nr. VIII. abgebrochenen Aufsatzes.) — 416

XVI. Einiges über das Verbrechen der gefährlichen Verlassung und Aussetzung eines Menschen nach deutschem gemeinen Criminalrecht. Von Herrn Hofgerichtsadvokat Bopp in Darmstadt. — 448

XVII. Beurtheilung der neueſten criminaliſtiſchen Schriften:

1) Leipzig, bei Enobloch: Geſchichte der deutſchen Strafgeſetze, von Dr. C. A. Tittmann, k. ſächſ. Hof- und Juſtizrathe u. ſ. w. 1832. S. 452

2) Paris: Hiſtoire des colonies pénales de l'Angleterre dans l'Auſtralie; par C. de Bloſſeville. 1831. — 458

3) Amſtelodami: De poena deportationis, auctore Fr. H. van Weſt. 1832.

Neues

Neues Archiv
des
Criminalrechts.

Dreizehnten Bandes drittes Heft.

XI.

Das französische Gesetz vom 28. April 1832 über die Verbesserung der Criminalgesetzgebung,

geprüft
von
Mittermaier.

Man ist gewohnt, bei allen legislativen Arbeiten den Blick auf Frankreichs Gesetzgebung zu richten, weil in diesem Lande, das einer so hohen Stufe der Civilisation sich rühmt, in dem Lande, in welchem seit den Umwälzungen der Revolution manche Fortschritte viel schneller sich entwickeln konnten, auch von jeher große Juristen blühten, die mit dem praktischen Sinn, der ihre Landsleute auszeichnet, Scharfsinn und Gelehrsamkeit und Klarheit der Darstellung verbanden. So sind auch die französischen Criminalgesetzbücher ein Gegenstand der Aufmerksamkeit Aller geworden, welche für die Fortschritte der Gesetzgebung sich interessiren. Die Feststellung so vieler in andern Gesetzbüchern fehlenden Garantieen der Freiheit, die scharfe Trennung der Vor- und

der Hauptuntersuchung, die Oeffentlichkeit der Hauptverhandlungen, das Institut der Geschwornen machten das Studium der französischen Criminalordnung wichtig, und die Einfachheit und Kürze der Vorschriften, die Vermeidung aller doctrinellen Bestimmungen im Gesetzbuche, die Beschränkung des Strafgebiets im Code pénal, waren geeignet, die Aufmerksamkeit der Juristen aller Länder auf sich zu ziehen. — Dem aufmerksamern Beobachter aber konnte es nicht entgehen, daß eben der französische Code pénal am wenigsten den Forderungen entsprach, welche man an ein Criminalgesetzbuch machen kann, daß dieser Code selbst im schreiendsten Contrast mit der gerühmten Civilisation Frankreichs stand. — Man wußte nicht, ob man mehr über die Härte und Grausamkeit der Strafbestimmungen trauern, oder die Unbestimmtheit und Lückenhaftigkeit der Vorschriften beklagen, oder die Schlauheit verfluchen sollte, mit welcher insbesondere in der Lehre von den Staatsverbrechen der Machthaber, unter welchem der Code ins Leben trat, durch Härte und durch die Verfolgung jeder gefährlichen Handlung seine Plane durchzuführen suchte. — Wir wollen nur bei einigen Hauptfehlern des Code verweilen. 1) Ein sonderbares Festhalten an den criminalistischen Ansichten einiger französischen Juristen, die kurz vor der französischen Revolution schrieben, insbesondere das Beharren an den Ansichten der Anhänger der Sicherungs- und der Abschreckungstheorie, erzeugte die harten Bestimmungen, daß der Versuch mit der gleichen Strafe wie die Vollendung belegt, der Gehülfe eben so wie der Urheber bestraft werden sollte [1]). Wer

1) Cod. art. 2. 59.

ein Verbrechen verhehlte, indem er gestohlene Sachen verheimlichte u. s. w., sollte die nämliche Strafe wie der Thäter und selbst die Todesstrafe leiden, wenn er die Umstände des Verbrechens, an welche die Drohung der Todesstrafe geknüpft war, kannte [2]). — 2) die Strafarten, welche der Code wählt, sind eben so unzweckmäßig, als hart und im Widerspruch mit der Culturstufe der Nation. Der Code [3]) kennt eine qualificirte Todesstrafe bei dem Vatermörder, indem der Verurtheilte öffentlich ausgestellt wird, und vor der Hinrichtung der rechte Daumen ihm abgehauen werden soll. Der Eindruck, den diese Strafe macht, ist weit entfernt von dem, was der Gesetzgeber vernünftiger Weise beabsichtigen kann, und die Strafart erklärt sich nur aus dem Abschreckungszwecke. Vorzüglich scheint der französische Gesetzgeber das Heil von entehrenden Strafen zu erwarten. So spricht der Code aus, daß jeder, welcher zur lebenslänglichen Zwangsarbeit verurtheilt wird, öffentlich gebrandmarkt werden soll [4]), und selbst der zur zeitlichen Zwangsarbeit Verurtheilte wird gebrandmarkt, wenn er gewisse Verbrechen verübt, z. B. wenn er eine Fälschung begeht oder ein Vagabund ist und ein mit Zwangsarbeit bedrohtes Verbrechen verübt [5]). Jeder zur Zwangsarbeit oder selbst zur Einsperrung (reclusion) Verurtheilte wird vor der Abführung an den Schandpfahl auf öffentlichem Platze

2) Code art. 62.
3) Ibid. art. 15.
4) Ibid. art. 20.
5) Ibid. art. 165. 280.

eine Stunde lang ausgestellt [6]). Man begreift kaum, wie die französische Gesetzgebung, indem sie diese empörenden Strafen fortdauern ließ, zu vergessen schien, daß ein Hauptgrund der Zunahme der Verbrechen in Frankreich in diesen entehrenden Strafen liegt [7]). Die unauslöschlich wirkende Entehrung, das Brandmal der Schande, das dem Verbrecher aufgedrückt wird, ist vorzüglich im Widerspruche mit zeitlicher Freiheitsstrafe und mit dem Zwecke der Besserung der Sträflinge. Der Rest des Ehrgefühls wird während der Brandmarkung und der Ausstellung in der Seele des Sträflings vernichtet; die bürgerliche Gesellschaft scheint ihn auf ewig ausgestoßen zu haben, und nur mit feindseligen Gesinnungen gegen sie, die so schwer ihn erniedrigte, tritt er in die Strafanstalt. In jedem Momente, in dem die edlere Regung in der Seele aufsteigt, schlägt der Gedanke an das aufgedrückte Brandmal die Erhebung des Gemüths und den Sinn für Besserung nieder; und willig gehorcht er dem Rathe der verworfenen Strafgenossen. Tritt er in die bürgerliche Gesellschaft zurück, so bietet ihm Niemand die Hand, der Gebrandmarkte wird geflohen, und jede Aussicht auf ehrliches Fortkommen ist ihm versperrt. Erwägt man dann noch, wie verschwenderisch die französische Gesetzgebung die Zwangsarbeitsstrafe manchem Verbrechen droht, zu dessen Verübung kein verworfenes Gemüth gehört, wie selbst der Begriff von Fälschung so ausgedehnt im französischen Rechte ist, daß mancher redliche Beamte, z. B. ein No-

6) Cod. art. 22.

7) S. den Aufsatz in der revue françoise 1829. Juillet Nr. 10. — und Auszug aus diesem Archive XI. S. 707 f.

tar, wegen eines Formfehlers zur Zwangsarbeit verurtheilt wird, und denkt man dann, daß jedem solchen Verurtheilten die Brandmarkung gedroht ist, so muß gewiß das französische System verdammt werden. — 3) Der Code kennt noch eine Folge der lebenslänglichen Verurtheilung, die eben so mit den Ansichten von Civilisation als mit dem Zwecke der Besserung der Verbrecher unverträglich ist, und das sittliche und rechtliche Gefühl durch seine Wirkungen empört, nämlich den bürgerlichen Tod [8]). Der Sträfling erscheint als physisch todt, vermöge einer gesetzlichen Fiction; möge die Gattin des Verurtheilten treu das Band, das ihn mit ihr verband, halten, das Gesetz zerreißt es, und folgt sie ihm, so ist sie doch nur seine Concubine. Mag der Sträfling später begnadigt werden, vergeblich hofft er, wenn er in die bürgerliche Gesellschaft zurücktritt, sein Vermögen wieder zu finden; von dem Augenblicke seiner Verurtheilung an ist sein Vermögen an seine gesetzlichen Erben gefallen. Ist jemand (man vergesse nicht, daß auch ein redlicher Mann wegen politischer Verbrechen angeklagt werden kann) in contumaciam verurtheilt worden, und kehrt binnen 5 Jahren nicht zurück, so ist dies Urtheil in Bezug auf die Vergangenheit, das ihn als bürgerlich todt erklärte, unwiderruflich; selbst wenn er als unschuldig durch ein späteres Urtheil erklärt wird [9]). 4) Unter den Strafarten findet sich eine, welche wahrhaft illusorisch und bedeutungslos im Code

8) Code art. 18. Er tritt auch ein als Folge der Deportation.

9) Gegen bürgerlichen Tod s. in diesem Archive Band XII. S. 220.

vorkommt, nämlich die Deportation [10]). Für gewisse politische Verbrechen nämlich [11]) soll die Strafe darin bestehen, daß der Verurtheilte auf Lebenszeit an einen bestimmten Ort außer dem Continentalgebiete Frankreichs gebracht wird. Nun ist es aber bekannt, daß Frankreich keine solche Colonie, wohin die Deportirten gebracht werden konnten, besaß, daß die früheren Versuche einer solchen Anstalt scheiterten, und auf diese Art die Regierung genöthigt war, die Deportirten in ein besonderes Gefängniß bringen zu lassen [12]); wie dies noch neuerlich gegen die angeklagten Minister 1830 angewendet wurde. 5) Ein Hauptfehler im französischen Strafsystem ist die verschwenderische Drohung von Geldstrafen (die Strafe der Confiscation war schon durch die Charte aufgehoben). Die Körperverletzung wird mit einer Geldstrafe bis zu 500 Francs, culpose Tödtung bis zu 600 Francs, Ehebruch bis zu 2000 Francs bestraft [13]). Es läßt sich bei einer solchen Strafdrohung weder ein vernünftiges Verhältniß zwischen Verschuldung und Strafe, noch die Erreichung eines Strafzwecks nachweisen, wenn man nicht etwa den, daß die Staatskasse gewinne, nachweisen will. 6) Auf einer völlig fehlerhaften Grundlage ruhten die französischen Bestimmungen über die Stellung entlassener Sträflinge unter Polizeiaufsicht [14]). Um nämlich eine Bürgschaft der guten Aufführung der Entlassenen zu haben, kann nach

10) Code art. 17.

11) Die Fälle sind im Code art. 82. 84. 94. 98. 124. 189.

12) Rapport de Mr. Dumon sur le projet, pag. 29.

13) Code art. 311. 319. 334. 336. 339.

14) Ibid. art. 44—50.

dem Code die Regierung oder die durch das Verbrechen verletzte Partei von dem Entlassenen eine Summe Geldes verlangen, die voraus im Strafurtheil ausgesprochen ist. Stellt er diese Caution nicht, so bleibt der Entlassene ganz zur Disposition der Regierung, die verordnen kann, daß er von gewissen Orten sich entfernt halte, oder die ihm einen bestimmten Wohnort anweisen kann. Uebertritt der Entlassene diese Anordnung, so kann die Regierung ihn gefangen halten. Das ganze System taugt nichts; denn da die Cautionssumme voraus bestimmt ist, so kommt es auf die besondern Umstände, die eigentlich erst bei dem Austritt aus der Strafanstalt die Größe der nothwendigen Caution bestimmen könnten, nicht an; mag der Sträfling sich noch so gut in der Anstalt aufgeführt und gebessert haben, die Summe bleibt die nämliche, wie in dem Falle, in welchem er sich höchst bedrohlich für die bürgerliche Sicherheit gezeigt hätte. Die Gerichtshöfe legen daher viel Werth auf diese Caution und fixiren die Summe sehr niedrig. Man hat die Erfahrung in Frankreich gemacht [15]), daß nur in Paris die entlassenen Sträflinge Gelegenheit finden, Caution zu stellen (begreiflich, weil sie von ihren verbrecherischen Genossen unterstützt werden); die Mehrzahl der Uebrigen kann, da sich die Sträflinge nichts verdienen konnten und niemand sich ihrer annimmt, die Caution nicht stellen, und fällt so der strengen polizeilichen Aufsicht, die selbst eine kurzdauernde Strafe ist, anheim. Eben dadurch wird das ehrliche Fortkommen der entlassenen Sträflinge gehindert; denn überall tritt wieder die Polizei hervor, wel-

15) Dumon rapport sur le projet pag. 47.

che das Publicum mahnt, daß ein mit dem Mißtrauen der Gesellschaft Beladener sich in dem Bezirke aufhält [16]). Auch die Härte, die dadurch geübt werden kann, daß die Regierung dem Entlassenen den Wohnsitz anweisen kann, und der Umstand, daß so häufig die unter Aufsicht Gestellten doch vom angewiesenen Orte sich entfernen und dann aufs neue eingesperrt werden können, ist unzweckmäßig. 7) Das Princip der Abschreckung spricht sich insbesondre auch in den Vorschriften über Rückfall aus [17]). Das Gesetz sieht gar nicht darauf, ob das neue Verbrechen, das der Bestrafte verübt, dem vorher begangenen gleichartig ist oder nicht. Wer wegen einer Verwundung verurtheilt wurde und nun später eine Verläumdung verübt, d. h. den gegründeten Vorwurf nicht beweisen kann, ist rückfällig. Das Gesetz steigt dann immer zur nächst höheren Strafart gegen den Rückfälligen auf, und wer z. B. wegen Theilnahme an Münzfälschung im geringeren Grade mit zeitlicher Zwangsarbeit bestraft wurde und später wegen einer Bigamie prozessirt wird, wird auf Lebenszeit zur Galeere verurtheilt; und wenn er statt der Bigamie eine nach art. 145. Code mit lebenslänglicher Galeerenstrafe bedrohte Fälschung verübt, so wird er zum Tode verurtheilt. An ein Gerechtigkeitsprincip wird dabei nicht gedacht. 8) Die Todesstrafe ist im französischen Code auf eine empörende Weise verschwenderisch gedroht für Verbrechen, wo diese Strafart nie mit der Größe der Verschuldung im Verhältniß stehen wird. Wir wollen nichts von den Staatsverbrechen sagen; aber auch der

16) Lagarmitte in der kritischen Zeitschrift IV. S. 459.

17) Code art. 56.

Fälschung von Gold- und Silbermünzen, der Fälschung des Staatssiegels, der Brandstiftung an irgend einem Gebäude oder Schiffe, dem Diebstahle wenn 5 so schwerende Umstände zusammentreffen, dem Kindermorde, ist die Todesstrafe gedroht [18]), und überall, wo der Tödtung eines Menschen ein andres Verbrechen oder Vergehen vorherging oder damit verbunden war, soll Todesstrafe eintreten [19]). Wer daher ein Jagdvergehen verübt und dabei einen Menschen tödtet, z. B. einen reinen Todtschlag verübt, leidet Todesstrafe [20]), eben so wie derjenige, der einen gewaltthätigen Angriff auf die Keuschheit eines Mädchens macht und dadurch eine bei dem erst kurz von einer Krankheit genesenen Mädchen leicht erklärbare Krankheit verursacht, an welcher die Person stirbt. Selbst wenn jemand ohne Vorbedacht mit einer verbotenen Waffe [21]) einen Menschen tödtet, muß er Todesstrafe leiden. 9) In der Lehre von den Staatsverbrechen zeigt der Code eine, alle Rechtsgrundsätze verletzende Härte. Das bloße Complott, das der Code dann schon annimmt [22]), wo nur der Entschluß den Hochverrath zu verüben zwischen zwei Verbrechern verabredet ist, wird schon dem Attentat, also dem Versuche, durch Handlungen den Entschluß ins Werk zu setzen, gleichgestellt und mit dem Tode bestraft. Das bloße Wort und der Entschluß von zwei Schwä-

18) Code art. 132. 139. 300. 381. 434.

19) Ibid. art. 304.

20) Bourguignon jurisprudence III. p. 277.

21) Nach Code art. 314. ist das Tragen gewisser Waffen ein Vergehen.

22) Code art. 89.

mern zieht schon Todesstrafe nach sich. Die unendlich vielen Stufen, die zwischen einem solchen Entschluß und dem wirklichen Anfang des Verbrechens vorkommen, die bekannte Erfahrung, daß häufig die Entschlossenen, je näher sie der Ausführung kommen, je stärker die Mahnungen des Gewissens werden, je größer die Schwierigkeiten sich aufthürmen, vor der Ausführung zurückschrecken und den Entschluß aufgeben [25]), scheint der französische Gesetzgeber gar nicht beachtet zu haben; selbst die Klugheit scheint er vernachlässigt zu haben, denn sonst würde er bedacht haben, daß je mehr schon die Strafe des Versuchs der Vollendung gleich steht, desto mehr der zum Verbrechen Entschlossene mit der Ausführung eilt; — bedroht mit der Todesstrafe wegen des bloßen Complotts, steht der Verschworne nur zwischen dem Gelingen seines Plans und der Guillotine, und hier wird jeder Zauder gefährlich, die Reue kommt zu spät; die Noth selbst stößt ihn vorwärts zur Ausführung. 10) Die Unbestimmtheit der Strafvorschriften, welche die verschiedenartigste Auslegung begünstigt, ist nicht weniger ein großer Fehler des Gesetzbuchs; so konnte die Meinung entstehen, daß der, welcher einen Menschen ohne mörderische Absicht verwundete, als Todtschläger zu strafen sey, wenn der Verwundete stirbt; ob auch derjenige, welcher sein eigenes Haus anzündet, mit der Strafe der Brandstiftung nach Code art. 434. zu belegen sey, blieb immer streitig. 11) Im Allgemeinen war auch das Strafsystem des Code ein hartes, schon das Minimum der gedrohten Strafen war auffallend hoch gesetzt, z. B. jede Widersetzung gegen Feld-

25) Dumon rapport p. 50.

schützen, Gensd'armes ꝛc. wurde, wenn 20 Personen versammelt waren, schon mit Zwangsarbeitshaus belegt [24]), jede Fälschung einer Privaturkunde zog Einsperrung [25]) nach sich, jede Körperverletzung, die zwanzigtägige Unbrauchbarkeit zu Berufsarbeiten bewirkte, sollte mit Galeerenstrafe [26]), jede Bigamie [27]) mit gleicher Strafe belegt werden, und wo die deutschen Gesetzbücher bei dem Diebstahl einige Monate Gefängniß drohen, drohte der französische Gesetzgeber Einsperrung, also eine entehrende Strafe von mehreren Jahren. Vergebens würde man erwarten, daß diese Strenge eine wohlthätige Wirkung gehabt und insbesondere die Verbrechen vermindert hätte. Die Tabellen lehren, daß bei allen Verbrechen, denen eine unverhältnißmäßig harte Strafe gedroht ist, das Verhältniß der Zahl der Lossprechungen zur Zahl der Verurtheilungen in Frankreich gleichförmig das Nämliche bleibt. So sind wegen Rebellion (einem sehr unbestimmt normirten und viel zu streng bestraften Verbrechen) [28]) 1829 177 angeklagt und davon 136 losgesprochen worden. 1830 waren von 258 175 losgesprochen, wegen Falschmünzung waren 1829 78 angeklagt, 57 losgesprochen, und von den 1830 48 Angeklagten waren 35 losgesprochen. Von den 1829 der Brandstiftung von Gebäuden Angeklagten 64 waren 46, und 1830 von 123 Angeklagten 84 losgesprochen. Ist ein solches Verhältniß, das dem Verbrecher eine günstige Aussicht auf Lossprechung eröffnet,

24) Code art. 209. 210.
25) Ibid. art. 150.
26) Ibid. art. 310.
27) Ibid. art. 340.
28) Ibid. art. 209.

nicht der stärkste Beweis, daß die Geschwornen die Strafe zu streng finden, und lieber frei sprechen, um ihr Gewissen nicht zu beschweren? 12) Auffallend ist endlich, daß der französische Gesetzgeber, während er bei den Vergehen den zuchtpolizeilichen Richtern die Befugniß ertheilt [29]), unter das Minimum die Strafe herabzusetzen, wenn Milderungsgründe da sind, bei den Verbrechen eine ähnliche Befugniß den Richtern entzog, so daß nicht selten die härtesten Strafurtheile erfolgen, und die Geschwornen, welche wissen, welche harte Strafe als Folge ihres Ausspruchs erkannt werden muß, auch in Fällen, wo entschieden der Angeklagte schuldig ist, doch lieber die Lossprechung erkennen, um den Angeklagten der schweren Strafe zu entziehen, während sie das Schuldig ausgesprochen haben würden, wenn sie hätten hoffen dürfen, daß die Richter die Strafe mildern würden. — Wie wohlthätig sich der art. 463. des Code in Bezug auf die delits bewährt, zeigen die Straftabellen Frankreichs. Im Jahre 1829 wurden in 13269, und im J. 1830 in 13419 Fällen der art. 463 zur Anwendung gebracht und dadurch eine unverhältnißmäßig harte Strafe, die sonst die Richter hätten erkennen müssen, vermieden. Die großen Gebrechen des französischen Code und die allgemeinen Klagen über die Härte der Strafen veranlaßten schon 1824 ein Gesetz, welches den Zweck hatte, die Härten zu mildern und die Richter zu ermächtigen, mildere Strafen auszusprechen, z. B. bei dem Kindermord; allein das Gesetz vom 25. Juni 1829 war mißlungen; die Strafen, bis zu welchen die Richter herab-

29) Code art. 465.

steigen durften, waren doch noch zu hart, die Geschwornen waren nicht sicher, ob der Assisenhof die Strafe mildern würde, weil alles in das Ermessen der Assisenrichter gestellt war; die Sprache des Gesetzes war schlecht und voll Unbestimmtheiten, jede Bestimmung war aus einem gewissen Mißtrauen gegen die Richter mit so viel Ausnahmen angefüllt, daß ein gründlicher Kenner und oftmaliger Assisenpräsident [30]) sagen konnte: nie hat man in einem engeren Raume ein solches Labyrinth aufgebaut, und ich gestehe, sagt der erfahrne Praktiker, daß das ganze Strafgesetzbuch mich nie soviel Studium kostete, als diese zwei Seiten des Gesetzes. Auf diese Art wurden die Klagen über den Code pénal immer lauter, und das neue Ministerium konnte 1831 nicht länger gleichgültig bleiben. Man bearbeitete einen Entwurf, der den Zweck hatte, die fehlerhaftesten Bestimmungen abzuändern und das Strafsystem im Ganzen zu mildern, und nachdem die Gutachten der Gerichtshöfe über den Entwurf eingeholt waren, legte der Justizminister am 31. August 1831 der Deputirtenkammer den aus 41 Artikeln bestehenden Entwurf vor. Das Exposé des motifs ist ziemlich unbedeutend; der Minister entschuldigt sich, daß man nicht einen vollständigen Entwurf eines Strafgesetzbuchs vorlege; er meint, daß eine solche Arbeit viele Zeit verlange, und daß man nur vorerst die Milderung des Strafsystems vorzüglich durch die den Geschwornen ertheilte Befugniß, das Daseyn von Milderungsgründen auszusprechen, habe bewirken, empörende Strafarten

30) v. Holbery in seinem Aufsatze in meiner kritischen Zeitschrift III. S. 501.

habe aufheben, die Artikel, welche Todesstrafe drohen, mildern und wesentliche Lücken im Code habe ausfüllen wollen. Große legislative Gesichtspunkte würde man vergeblich in dem Exposé suchen. In der Deputirtenkammer fiel die Berichterstattung glücklicherweise in gute Hände. Dumon, ein praktisch gebildeter Mann und tüchtiger Jurist, dem die wichtigsten Fortschritte der Wissenschaft nicht fremd sind, und der sich gründlich vorbereitet hat, wurde Berichterstatter[31]), und sein Bericht enthält einige treffliche Erörterungen, z. B. über das Verhältniß der Geschwornen und ihre Entscheidung über die Thatfragen, über die Deportation[32]), worüber ein französischer Reisender, Dumont d'Urville, ihm interessante Notizen mitgetheilt hat. Die Kritik der einzelnen Artikel des Code zeugt von Sachkenntniß; Dumon gehört aber nicht zur Partei derjenigen, die alles Bestehende auf einmal umstürzen wollen; er wünscht und glaubt, daß eine Zeit kommen werde, wo die Todesstrafe abgeschafft werden kann, aber er fürchtet die Folgen eines gewagten Experiments[33]), er fordert Milderung des bestehenden Strafsystems, Verbannung aller die Humanität verletzenden Strafarten; er stimmt der Ansicht der Regierung bei, daß man auf eine totale Umgestaltung des Strafgesetzbuchs für jetzt verzichten und nur selbst im Interesse der bürgerlichen Sicherheit sorgen müsse, daß Strafen gedroht werden, auf deren Anwendung der Gesetzgeber

---

31) In der Commission befanden sich von geachteten Juristen Berenger, Parant, Merilhou u. s. w.

32) Rapport p. 29—37.

33) Rapport p. 22.

sicher rechnen kann. Viele Strafarten und Bemerkungen über einzelne Verbrechen, z. B. Brandstiftung, verdienen allgemeine Beachtung. Uebrigens hat die Commission sich im Wesentlichen an den Regierungsentwurf gehalten. Die Discussionen [34]) in der Deputirtenkammer sind weniger erfreulich und lehrreich. Die Theilnahme der Deputirten an dem Gesetze schien nicht sehr groß. Eine gewisse Eile war unverkennbar, und nicht selten nahm die Discussion und Abstimmung eine Wendung, die man zur Ehre der Kammer nicht hätte erwarten sollen, z. B. als über die Beibehaltung der Deportation berathen wurde [35]). Der Mangel eines eigentlichen wissenschaftlichen Lebens in Frankreich wurde auch in den Debatten fühlbar; der Zustand der ausländischen Gesetzgebung scheint nur wenigen Deputirten bekannt gewesen zu seyn, und doch sprach man in allgemeinen Ausdrücken oft davon. Das Princip der Gerechtigkeit erfreut sich noch wenig Anhänger in Frankreich, und wenn man auch von Civilisation und Humanität oft sprach, so beweisen doch alle Aeußerungen, daß man eigentlich nur Abschreckung und Sicherung als Zweck der Strafe ansieht. Große Fragen, die jetzt überall in Europa verhandelt werden, z. B. das Pönitentiarsystem, wurden mit großer Richtigkeit behandelt; man bemerkt, daß nur wenige Deputirte (der Deputirte Jay scheint eine rühmliche Ausnahme zu machen) sich damit vertraut gemacht hatten. Auffallend ist es, daß Deputirte der Opposition, sie, welche

34) Sie begannen am 22. October 1831. S. Moniteur 1831. p. 2208.

35) Lagarmitte in der kritischen Zeitschrift l. c. IV. S. 458.

die Fortschritte der Freiheit und wahren Veredlung der bürgerlichen Gesellschaft vorzüglich begünstigen sollten, so wenig ihre Stimme für die Milderung des Strafsystems erhoben, und mit Schmerz hört man einen solchen Deputirten, Portalis [56]), bei dem Strafrechte von der vengeance de la société sprechen, die Brandmarkung eine wirksame und daher nützliche Strafe nennen, und bedauern, daß man die Todesstrafe bei der Münzfälschung aufheben will. Wir würden ungerecht seyn, wenn wir verkennen wollten, daß die Debatten auch einzelne höchst interessante Verhandlungen enthalten und einzelne Deputirte mit Geist und Sachkenntniß sprachen, z. B. der Berichterstatter Dumon, dann Parant, Taillandier, Jay, Teulon, Virey, Thouvenel, und vorzüglich Larochefoucauld. Thouvenel brachte die Abschaffung der Todesstrafe [57]), Taillandier die Abschaffung des bürgerlichen Todes [58]), Chairet-Durieu die Beschränkung der Todesstrafe wegen Rückfalls, in Antrag, und vorzüglich wichtig waren Larochefoucauld's Anträge wegen des Rückfalls, wegen der Todesstrafe bei Brandstiftung, und sein Antrag, daß die Strafe des Versuchs gelinder als die der Vollendung seyn sollte [59]). Desto unangenehmer verletzt die vornehm abweisende häufig ungründliche Weise, mit der man diese Anträge z. B. auf Abschaf-

56) Moniteur p. 2215.

57) Ibid. p. 2218.

58) Ibid. p. 2225.

59) Moniteur p. 2294. — Er führt dort interessante Beispiele an, und erklärt: la non consommation du crime est presque toujours la preuve qu'il n'y a pas dans le coupable une entière perversité.

schaffung des bürgerlichen Todes zurückwies, und die Aeußerung von Merilhou (des ehemaligen Justizministers gegen den Antrag, die Strafe des Versuchs gelinder als die der Vollendung zu setzen, „ce système serait subsistif de toute la legislative criminelle“ [40]) zeigt, daß der Deputirte sich mit der Wissenschaft eben so wenig als mit der neuern Legislation des Auslandes vertraut gemacht hat. Odillon-Barrot's Einmischung in die Discussion hat z. B. in Bezug auf die Beibehaltung der Deportation jene wohlthätige Wirkung nicht gehabt, die man von seinen Kenntnissen hätte erwarten sollen. Mauguin sprach mit Geist, aber nicht gründlich. — In der Pairskammer, in welcher die Commission aus dem Grafen Bastard (dem Berichterstatter), den Herzogen von Broglie, Decazes, den Grafen Malleville, Portalis, Baron Seguier u. a. bestand, hätten große Verbesserungen in dem Gesetze gemacht werden können. Namen der ersten Größe glänzten darin; allein die Zeit drängte; bestand man auf wichtigen Abänderungen, so mußte der Entwurf wieder an die Deputirtenkammer, und man mußte fürchten, daß dann wegen der langen Zögerung zuletzt der ganze Entwurf fallen, und Frankreich auch der Vortheile, die der neue Entwurf versprach, beraubt würde. Die Ansichten des gründlich gebildeten Herzogs von Broglie waren zu erhaben, als daß sie nicht eine gründlichere Verbesserung des Code pénal, als der Entwurf sie bot, hätten verlangen sollen; da er fühlte, daß seine Stimme doch nicht mehr durchdringen könne, so verhielt er sich mehr leidend; nur scheint er in der Com-

40) Moniteur p. 2294.

mission große Bedenklichkeiten gegen die neue Ermächtigung der Jury durch ihren Ausspruch die Strafart selbst zu mildern ausgesprochen zu haben [41]). Der Bericht des Grafen Bastard spricht über die Todesstrafe, bedauert daß es noch nicht an der Zeit sey, das Experiment der Abschaffung zu machen, und enthält einige Bemerkungen über die Hauptartikel. — In der Discussion, die ziemlich rasch geführt wurde, sind manche Anträge und Discussionen interessant, z. B. die Nachweisung des Herzogs Decazes über die Ungerechtigkeit des bürgerlichen Todes [42]), die Verhandlungen über die Stellung unter Polizeiaufsicht, über die Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Verbrecher. In Bezug auf die meisten Artikel fanden jedoch nur flüchtige Discussionen Statt. Als Resultat der Verhandlungen der beiden Kammern entstand endlich das Gesetz vom 28. April 1832 [43]). Wir wollen zuerst unsere Leser mit den wirklichen Verbesserungen, welche Frankreich der neuen Legislation verdankt, bekannt machen. Dahin gehört: 1) die Abschaffung der Brandmarkung (art. 14. des Gesetzes). 2) Die Aufhebung der Vorschrift, nach welcher dem wegen Vatermord Verurtheilten vor der Hin-

41) Darauf deutet der Rapport des Grafen Bastard pag. 11.

42) Moniteur von 1832. p. 777. Der Herzog erklärte, daß er die Abschaffung dieser Strafe fordern würde, wenn nicht der Justizminister erklärt hätte, daß er einen Gesetzesvorschlag darüber vorlegen wolle.

43) Als Folge des Gesetzes entstand eine neue Ausgabe des Code pénal und Code d'instruction, in welcher überall die durch das neue Gesetz gemachten Abänderungen eingeschaltet sind. Bulletin des lois ordonnances Nr. 150. 151.

richtung der rechte Daumen abgehauen werden sollte (Gesetz art. 46.). 3) Die bessern Vorschriften über Stellung unter Polizeiaufsicht (art. 30.). Darnach wird eine Cautionsstellung, durch welche der schlaue, oft von verbrecherischen Genossen unterstützte Sträfling der polizeilichen Aufsicht sich entziehen konnte, nicht mehr zugelassen; sondern jede Versetzung unter Aufsicht der Polizei hat die Wirkung, daß die Regierung dem entlassenen Sträfling gewisse Orte bezeichnen kann, in denen er sich nicht aufhalten darf. (Weise, weil dadurch die Regierung das Mittel erhält, z. B. von Paris und andern großen Städten oder gewissen Orten, wo die Genossen des Sträflings sich aufhalten, den Entlassenen fern zu halten, während nun nicht mehr wie nach dem Code dem Beaufsichtigten ein gewisser Ort angewiesen und er dadurch immer als ein gebrandmarkter Mißtrauen verdienender Mensch bezeichnet wurde.) — Nach dem neuen Gesetz hat der Sträfling nur den Ort, wo er sich künftig niederlassen will, anzugeben, und vor dem Maire des Orts sich zu stellen. Uebertritt ein solcher unter Aufsicht Gestellter die Regierungsanordnung, so kann er zur Gefängnißstrafe bis 5 Jahre verurtheilt werden. 4) Die Artikel 104—106 des Code pénal, nach welchen jeder, der von Verbrechen, die gegen die innere oder äußere Sicherheit des Staats begangen werden sollen, Kenntniß hat und nicht die verbrecherischen Plane anzeigt, mit schweren Strafen belegt werden soll, sind aufgehoben, und erwägt man, daß die Vorschriften einer Pflicht zur Anzeige von Verbrechen doch nicht gehalten werden, daher im Gesetzbuche ohne Anwendung stehen, daß sie selbst nicht wohl beobachtet werden können, weil in der Regel nur der Freund zur Kenntniß

solcher Projecte gelangt und ihm die Anzeige eben so wenig zugemuthet werden kann, als einem Andern, der die ganze Rache der Verbrecher und ihrer Vertrauten fürchten muß, wenn er die Anzeige macht; so ist gewiß die Weglassung dieser ohne Wahrheit im Gesetzbuche stehenden Artikel zu billigen. 5) Statt der empörenden Vorschriften des Code, nach welchen das bloße Complott (in einem ausgedehnten Sinne genommen) mit der Strafe der Vollendung belegt wird, ist nach dem neuen Gesetze (art. 43.) [44]) nur mehr das Attentat mit der vollen Strafe bedroht, und nur die wirkliche Ausführung oder ein im Sinne des Gesetzes als tentative, also durch äußere, den Anfang der Ausführung enthaltende Handlungen manifestirter Versuch begründet das Attentat. Bei dem Complott unterscheidet das Gesetz (art. 45.), ob a) jemand nur den Antrag zum Complott zu dem Staatsverrath einem Andern gemacht hat, wo aber der Andere den Antrag zurückwies; diese Proposition straft das Gesetz mit Gefängniß von 1 — 5 Jahren; b) oder ob das Complott schon unter zwei oder mehreren Personen verabredet wurde, aber noch keine Handlungen vorgenommen wurden, um die Ausführung vorzubereiten (hier tritt Detention als Strafe ein); oder c) ob schon von den Complotteurs solche Handlungen vorgenommen waren, in welchem Falle Deportation gedroht ist. 6) Die Todesstrafe, welche nach dem Code bei der Münzfälschung, Fälschung der Staatssiegel, der Töd-

44) Dumon in seinem Rapport p. 31 sagt: la proposition d'un complot — non agree n'a rien de bien, alarmant c'est le rêve d'une mauvaise passion, c'est l'espérance d'un faiteur une provocation, peutêtre que dissuade ou décourage le premier refus.

tung, die mit einem andern Verbrechen verbunden war, dem Diebstahl, der Verhehlung des Diebstahls, der Arretirung unter falschem Costüme oder unter falschem Namen, der rechtswidrigen Arretirung mit Drohung des Todes eintreten soll, ist aufgehoben; an ihre Stelle tritt lebenslängliche Zwangsarbeit (Gesetz art. 50. 52. 71. 79. 84.). 7) Der lange bestandene Streit, ob der, welcher einen Andern verwundet, wenn der Tod Folge der Wunden ist, aber keine mörderische Absicht Statt fand, als Todtschläger bestraft werden soll, ist durch das Gesetz (art. 73.) dahin entschieden, daß dann zeitliche Zwangsarbeit eintreten soll. Wenn Vorbedacht oder Auflauern dabei Statt fand, so droht das Gesetz (art. 73.) lebenslängliche Zwangsarbeit[45]). 8) Eine bedeutende Verbesserung trat ein in Bezug auf art. 434., der mit ungeheurer Härte im Geiste der Abschreckungstheorie die Todesstrafe als regelmäßige Strafe der Brandstiftung drohte; das neue Gesetz (art. 92.) unterscheidet Grade, und zwar droht es a) Todesstrafe dem, der Gebäude Schiffe u. s. w., die bewohnt sind oder zur menschlichen Wohnung dienen, anzündet; b) lebenslängliche Zwangsarbeit dem Brandstifter an solchen Gegenständen, die nicht bewohnt sind und nicht zur Wohnung dienen; c) zeitliche Zwangsarbeit dem, der abgehauenes Holz oder Erndten anzündet. Der Streit, ob derjenige, welcher sein eigenes Haus anzündet, mit der Strafe des gewöhnlichen Brandstifters belegt werden soll, wurde so entschieden, daß der,

45) Vergleicht man diese Bestimmungen mit den deutschen Strafurtheilen, wenn z. B. Todtschlag im Raufhandel erfolgt, oder sogenannte culpa dolo determinata eintrat, so sieht man leicht die Härte der französischen Vorschriften ein.

welcher sein Eigenthum, wenn es so gelegen ist, daß das Feuer dem Eigenthum Anderer mitgetheilt werden kann, eben so bestraft werden soll, als wenn er unmittelbar an das fremde Eigenthum Feuer gelegt hätte. Hat der Eigenthümer an sein Eigenthum, das nicht auf die erwähnte Weise gelegen ist, aber in der Absicht andern Personen Schäden zuzufügen (z. B. um die Brandassecuranzkasse zu betrügen), Feuer gelegt, so soll zeitliche Zwangsarbeit eintreten. Hat aber der Eigenthümer an bewohnte oder zur Wohnung dienende Gebäude, die ihm eigentlich gehören, Feuer gelegt, so leidet er Todesstrafe. 9) Das Gesetz hat einige bedeutende Lücken des Code ausgefüllt. Wenn jemand Angriffe auf die Keuschheit eines Kindes unter 11 Jahren machte und keine Gewalt anwendete, so war er straflos, weil der Code nur von gewaltthätigen Angriffen sprach, so daß der niederträchtige Verführer von Kindern der Strafe entging. Das neue Gesetz (art. 76.) droht diesem Verbrechen Zuchthaus (reclusion). 10) Am wichtigsten ist offenbar die Bestimmung des Gesetzes (art. 5.), nach welcher die Geschwornen, wenn sie glauben, daß Milderungsgründe in einem Falle vorhanden sind, dies aussprechen müssen, so daß nach art. 94., wenn die Majorität der Jury (art. 7.) das Daseyn von Milderungsgründen anerkannt hat, statt der gesetzlich gedrohten Todesstrafe lebenslängliche oder zeitliche Zwangsarbeitsstrafe, statt der gesetzlich gedrohten lebenslänglichen Zwangsarbeit die zeitliche Zwangsarbeit oder nur Einsperrung, statt der ordentlichen zeitlichen Zwangsarbeit die Strafe der Einsperrung oder selbst Gefängniß nicht unter 2 Jahren erkannt werden muß. — Diese Bestimmung hat einen unberechenbar tiefen Einfluß. Die

Besorgnisse, daß die Jury durch die Härte der Strafen sich lieber zu grundlosen Lossprechungen bewegen läße, und so mit dem sogenannten frommen Meineide sich belade, haben den Gesetzgeber bewogen, die Befugnisse der Geschwornen auszudehnen; und wenn auch in der Commission der Pairskammer [46]) gewichtige Stimmen sich gegen das neue System erhoben, weil man dadurch die Natur der Geschwornen als Richter der That zerstören und eine gefährliche Ungewißheit der Strafanwendung herbeiführen, daher die abschreckende Wirksamkeit der Strafgesetze vernichten würde: so dürfte doch wohl die neue französische Einrichtung Billigung verdienen. Jene scharfe Trennung der That und der Rechtsfrage beruht auf einer Täuschung; auch die Jury muß über die Verschuldung urtheilen, und wie die deutschen Richter wegen verminderter Zurechnung kein Bedenken tragen, von der gesetzlichen Strafe abzuweichen, so muß es auch der Jury zustehen, über die Größe der Verschuldung des Falles zu urtheilen. Geschworne und Assisenrichter ergänzen sich hier; die Ersten sprechen über das Daseyn von Milderungsgründen und wissen, daß im Falle ihres bejahenden Ausspruchs auf keinen Fall die gesetzlich gedrohte Strafe eintreten darf; aber die Assisenrichter sind es, welche die im einzelnen Falle gerechte Strafe aussprechen und von denen es abhängt, ob sie weit in der Strafscale herabsteigen wollen. Durch dies neue System wird ein zweckmäßiger Uebergang zu einer milderen künftigen Gesetzgebung vorbereitet. Die Geschwornen, im Volke lebend, das Verbrechen in seinem ganzen Einflusse ermessend,

46) Rapport du Comte de Bastard p. 11—16.

sind es, welche die Größe der Beunruhigung, die durch das Verbrechen entstand, beurtheilen können, und die daher da, wo der Gesetzgeber eine absolute Regel aufstellte und die schwersten Combinationen des Verbrechens ins Auge faßte, die Strafwürdigkeit des einzelnen Falles beurtheilend nachhelfen und das bewirken, was sonst bei anderen Gesetzgebungen durch unaufhörliche Begnadigung bewirkt werden soll. Die große Frage über Anwendung der Todesstrafe erhält bei diesem neuen System eine besondere Bedeutung. Darf es auch der Gesetzgeber noch nicht wagen die Todesstrafe ganz zu verbannen, so kann er sie doch nur mit Gerechtigkeit anwenden, wo die schwerste Verschuldung begründet ist und wo der hohe Grad der Beunruhigung, in welche die bürgerliche Gesellschaft durch das Verbrechen versetzt ist, jede andere Garantie, die eine Strafart geben könnte, als unzureichend darstellt. Immer werden aber auch bei den Verbrechen, für welche der Gesetzgeber Todesstrafe überhaupt gerechterweise droht, Fälle vorkommen, wo unter den besonderen Umständen, unter welchen das Verbrechen verübt wurde, die bürgerliche Gesellschaft die große Beunruhigung nicht fühlt, unter deren Voraussetzung die Todesstrafe gerechtfertigt wird und wo die Verschuldung des Thäters bedeutend gemindert ist. Hier wirkt der Ausspruch der Geschwornen über das Daseyn von Milderungsgründen, daß statt der Todesstrafe eine andere angewendet wird. Die bürgerliche Gesellschaft ist beruhigt, denn die Geschwornen als ihre Repräsentanten haben entschieden, und die Gerechtigkeit wird nicht verletzt. Erklärt sich nun fortdauernd durch die Aussprüche der Geschwornen im Falle, wo Todesstrafe angewendet werden sollte, daß

Milderungsgründe da seyen, der Widerwille der Nation gegen die Todesstrafe, so wird der Gesetzgeber über den wahren Standpunkt belehrt, und darf dann später eine Aufhebung der Strafart wagen.

Wenn wir bisher die Verbesserungen, welche durch das neue Gesetz in die Criminallegislation Frankreichs gebracht wurden, angeführt haben, so wird es jetzt noch Pflicht, unparteiisch die großen Fehler, welche dem neuen Gesetze vorzuwerfen sind, hervorzuheben. Wir wollen nicht davon sprechen, daß die Regierung und die Kammern nicht tiefer eingreifende Verbesserungen in der Criminalgesetzgebung machten, daß insbesondere nicht das Streben mehr auf die Annahme des Pönitentiarsystems und auf Versuche der Colonisation gerichtet wurden, um dem verderblichen System der Galeerenstrafe ein Ende machen zu können. Wir wissen wohl, daß solche Verbesserungen und totale Umgestaltungen nicht übereilt werden können, auch den Kammern darf man nicht Vorwürfe darüber machen, daß sie nicht mehr am ganzen Strafsystem Aenderungen machten; denn solche improvisirte Verbesserungen wirken oft eher schädlich; unser Tadel trifft die Gesetzgeber nur in so fern, als sie eine Masse von fehlerhaften und unbestimmten Vorschriften des Code haben unbeachtet gelassen, die ohne eine Aenderung des Grundsystems hätten verbessert werden können, und daß sie den Grundsatz, von welchem das Gesetz vom 28. April 1832 auszugehen schien, Milderung des Strafsystems und Abschaffung empörender Strafarten nicht mit besserer Consequenz durchgeführt haben. Zu beklagen ist 1) schon, daß man das System der Entscheidung der Geschwornen über das Daseyn von Milderungsgründen als eine Universalmedi-

ein betrachtete, welche alle Härten der bestehenden Gesetzgebung zu verbessern bestimmt wäre. Als der Antrag gemacht wurde, daß der Versuch nicht mehr mit der Strafe des vollendeten Verbrechens belegt werden sollte, tröstete man damit, daß ja die Geschwornen durch ihren Ausspruch über Milderungsgründe nachhelfen könnten; als man forderte, daß der Kindermord nicht mehr absolut mit der Todesstrafe bedroht werden sollte, versicherte man, daß die Jury nur aussprechen dürfte, daß Milderungsgründe vorhanden wären, und daß dann die Todesstrafe von selbst wegfallen würde. Eine solche Ansicht ist verkehrt und macht das Mittel, welches für außerordentliche Fälle dienen soll, zu einem ordentlichen Mittel, die gesetzlichen Strafen zu umgehen [47]); es gewöhnt die Geschwornen, sich als Richter des Strafgesetzes zu betrachten und nicht aus innerer Ueberzeugung, sondern als Kritiker der Härte des Gesetzes das Daseyn von Milderungsgründen zum Vorwande zu nehmen, um das Gesetz zu umgehen. Treffen gewissenhafte Geschworne zusammen, die den Fall in seiner Einfachheit auffassen, z. B. daß ein wahrer Versuch da ist, so bejahen sie die Frage über Daseyn des Versuchs und beantworten die über das Daseyn von Milderungsgründen gestellte Frage verneinend. Weder der Zweck des Gesetzgebers wird erreicht, noch der Angeklagte, den die Härte des Gesetzes trifft, davor gesichert. Ueberall wo der Gesetzgeber erkennt, daß aus innern Gründen, z. B. bei dem Versuche, die Strafe gelinder gedroht seyn muß, oder wo sich einzelne Hauptarten des Verbrechens

47) Auch der Berichterstatter Dumon, rapport p. 56, schien diese gewöhnliche Ansicht zu tadeln.

abstufen lassen, bei welchen verschiedene Verschuldung eintritt, muß er nicht blos von der Gnade der Geschwornen es abhängen lassen, ob im einzelnen Falle die Strafe gemildert werden soll, er muß vielmehr schon die gesetzliche Drohung der Strafe nach der Größe der Verschuldung einrichten. 2) Ein gerechter Tadel trifft die Gesetzgeber, daß sie im neuen Gesetze noch so harte Bestimmungen stehen ließen. Ueberall wo der Code Todesstrafe drohte und das neue Gesetz sie nicht mehr annahm, glaubte man schon Alles gethan zu haben, wenn man nur lebenslängliche Zwangsarbeit drohte; dies ist aber verkehrt. Auch diese Strafart, die ohnehin den Fehler hat, daß sie absolut bestimmt gedroht ist und daher den Richter nöthigt, die verschiedenartigsten Fälle mit der nämlichen Strafe zu belegen, ist zu hart und steht nicht im Verhältniß mit der Größe der Verschuldung, z. B. bei Münzfälschung, Diebstahl. Die Geschwornen werden daher wohl wieder als Kritiker gut machen müssen, was der Gesetzgeber verdarb. 3) Die Todesstrafe ist aber auch in manchen Fällen noch stehen geblieben, wo sie nicht gerechterweise gedroht werden sollte, z. B. im art. 34., wo die Todesstrafe für den Rückfall gedroht ist, wenn das vorher bestrafte Verbrechen lebenslängliche Zwangsarbeit nach sich zog. Der Umstand, daß jemand zum zweiten Mal ein Verbrechen verübte, kann nie ein Verbrechen, das nie an sich todeswürdig ist, zum todeswürdigen machen. Nur die Abschreckungs- oder Sicherungstheorie kann zu solchen Härten kommen. Nach art. 92. ist Todesstrafe jeder Anzündung eines zur Wohnung dienenden Gebäudes und eben so eines Gebäudes gedroht, das nur zur Versammlung der Bürger dient. Wer daher ein einsam stehendes Haus, weil er weiß,

daß an einem Abend alle Hausbewohner entfernt sind, anzündet, um zu stehlen, oder wer sein in der Nähe einer Kirche befindliches Haus an einem windstillen Tage anzündet, um die Brandkasse zu betrügen, soll Todesstrafe leiden. Dies ist offenbar zu hart. 4) Die Strafe der Brandmarkung ist zwar aufgehoben, aber die Strafe der öffentlichen Ausstellung ist beibehalten (art. 22.), selbst gegen den, der nur zur Einsperrung verurtheilt ist. Erkannten denn die Gesetzgeber nicht, daß diese Strafe auch eine entehrende, ewig wirkende, den Rest des Ehrgefühls zerstörende Strafe ist, die härter wirkt als die Hauptstrafe? Die Kammern haben sich eingebildet, daß sie durch den Zusatz, daß der Assisenhof im einzelnen Falle die öffentliche Ausstellung erlassen könne, hinreichend geholfen hätten. Der Regierungsentwurf (art. 10.) hatte doch wenigstens vorgeschrieben, daß der Assisenhof diese Ausstellung anordnen könne, wenn er es zweckmäßig findet; nach der neuen Fassung tritt aber die Ausstellung als Regel ein, wenn nicht das Gericht das Gegentheil verordnet. Nur weil die Strafe abschreckend ist, behielt die Commission diese Ausstellung [48]) bei, und die Majorität wählte die neue Fassung; denn das Gegentheil wäre, hieß es, diminution de la réſponsabilité d'un acte arbitraire d'indulgence, et rendroit plus difficile un acte arbitraire de rigueur. Wir möchten diese Gründe hohle Phrasen nennen, gegen die das Gewicht der Gründe spricht, daß die Exposition nur etwas Außerordentliches, nur eine durch besondere Ver-

48) Dumon im Rapport p. 40 sagt von ihr selbst: elle agit en ſens inverſe de la corruption du condamné elle eſt leure à peine un ſcélerat incapable de honte, et écraſe un malheurex ſuſceptible de repentir.

hältnisse gerechtfertigte Nebenfolge andrer Strafe seyn kann, und es daher consequent ist, wenn das Gericht, indem es diese Härte als Zusatz anordnet, ausspricht, daß es den Fall als geeignet zur Anwendung dieser Nebenfolge fand. 5) Ganz auffallend ist die Art, wie das Gesetz art. 14. 17. noch die Deportation beibehalten konnte. Der Regierungsentwurf hatte auf Weglassung angetragen, weil, wie wir oben sahen, die Strafe gar nicht in Frankreich vorkommt. In der zweiten Kammer hatten aber einige Stimmen [49]), die die englische Transportation mit der Deportation des Code (als Strafe politischer Verbrechen), verwechselten, ihre Humanität zeigen zu müssen geglaubt, und diese Verwechselung scheint auch bei der Mehrzahl der nicht hinreichend über den eigentlichen Streitpunkt aufgeklärten Kammer gewirkt zu haben, als sie die Deportation stehen ließ — aber hinzufügen mußte, daß, so lange nicht ein Ort für die Deportation ausgemittelt seyn würde, diese Strafe in die der Detention in einer Festung verwandelt werden soll. So steht also eine Strafart, weil sie vielleicht in der Zukunft eingeführet wird, als eine Lüge unter den jetzt als bestehend genannten Strafarten. 6) Ein Beweis des Leichtsinns ist es, wenn man Strafbestimmungen stehen ließ, welche wenige Monate früher die Kammer selbst im Einklang mit der öffentlichen Stimme in Frankreich schwer tadelte. Wir zählen dahin den art. 291., nach welchem alle Vereinigungen von mehr als 20 Personen, die regelmäßig zu gewissen Zeiten sich zu religiösen, literarischen, politi-

49) S. darüber Lagarmitte's scharfen aber gerechten Tadel in der krit. Zeitschrift IV. S. 458.

schen oder andern Zwecken versammeln, ohne von der Regierung genehmigt zu seyn, als Delits erklärt sind, so daß die Chefs oder Verwalter mit Geldstrafe belegt werden. Nur Mißtrauen — häufig ein Ausfluß des bösen Gewissens der Regierung — kann zu solchen Strafdrohungen kommen. 7) Auch da, wo die Kammern Zusätze zum Regierungsentwurfe machten und Strafvorschriften gaben, findet man Stoff zu hartem Tadel. Die Pairskammer hatte dem art. 86. Code hinzugefügt: toute offense commisse publiquement envers la personne du Roi sera punie de l'emprisonnement de 6 mois à 5 ans, et d'une amende de 500 à dix mille francs. Schon der Ausdruck: offense, der auf wörtliche Injurien geht, ist zu unbestimmt; denn gegen den Regenten einer constitutionnellen Monarchie werden viele Aeußerungen, in denen ein noch so hartes Urtheil über Regierungshandlungen gefällt wird, straflos seyn müssen [50]); aber auch die gedrohte Strafe ist zu hart, und verletzend ist es, eine Geldstrafe bis 10000 Francs zu drohen — eine Strafe, welche mit dem Vergehen in keinem Verhältniß steht und eine ganze Familie unglücklich machen kann. Bei einem solchen Gesetze kommen freilich die Geschwornen oft in die Lage, durch ihren Ausspruch gut machen zu müssen, was der Gesetzgeber sündigte.

50) v. Feuerbach Lehrbuch des Crim. R. §. 174. not. e.

XII.

Ueber die Dauer einer zeitigen Freyheitsstrafe.

Von

Herrn Oberappellationsrath und Prof. Konopak zu Jena.

Die rechtliche Dauer einer Freyheitsstrafe kann entweder eine lebenswierige, oder eine zeitige seyn. Für den letztern Fall ist die Frage entstanden, ob sie, nach gemeinem in Deutschland geltendem, und besonders nach römischem Rechte, eine mehr als zehnjährige seyn dürfe [1]). Hätte in einem höhern Justizcollegium sich die Meinung für eine verneinende Beantwortung dieser Frage gebildet, so würde das zu dem allerdings auffallenden Ergebnisse führen können [2]), daß zwar ein in der untern Instanz gefälltes, auf lebenswierige Freyheitsstrafe gerichtetes Erkenntniß in der höhern unbedenklich wäre bestätigt worden, aber, weil denn doch keine reformatoria in pejus Statt haben darf, die Strafe reformatorisch auf eine zehnjährige herabgesetzt werden müßte, wenn durch das

1) Daß diese Frage nach den Particulargesetzen mehrerer einzelner deutscher Staaten zu bejahen sey, ist bekannt, und unterliegt keinem Zweifel.

2) Und es hat in der That dazu geführt.

frühere Erkenntniß eine längere, z. B. eine fünfzehnjährige Freyheitsstrafe wäre ausgesprochen worden.

Die Wichtigkeit der Sache verdient es wohl, daß dieser Gegenstand einer nähern Erwägung unterworfen werde.

Die Hauptstelle in unsern Quellen des römischen Rechts, worauf diejenigen sich gründen, welche für eine verneinende Beantwortung der gedachten Frage stimmen [3]), liefert uns Ulpian (Lib. 9. de officio Proconsulis.), wo wir Folgendes lesen:

> Inter eos autem, qui *in metallum*, et eos, qui *in opus metalli* damnantur, differentia in vinculis tantum est, quod, qui in metallum damnantur, gravioribus vinculis premuntur, qui in opus metalli, levioribus, quodque refugae ex opere metalli in metallum dantur, ex metallo gravius coercentur.
>
> Quisquis autem *in opus publicum* damnatus refugit, *duplicato* tempore damnari solet, sed duplicare eum id temporis oportet, quod ei, cum supereſſet, fugit [4]), scilicet, ne illud duplicetur, quod adprehensus in carcere fuit. Et si

5) Carpzow (Definitt. etc. Edit. noviſſ. Lipſ. 1703. P. IV. Conſt. XLVII. Defin. V.) ſpricht theils von Fällen ganz andrer Art, wobey wir die Auctorität ſeiner Gewährsmänner, der Domini, füglich auf ſich können beruhen laſſen, theils ſtellt er ganz nackt, und ohne auch nur einen Verſuch zu ihrer Begründung zu machen, die Behauptung hin, eine zeitige Relegation könne nicht die Dauer von zehn Jahren überſchreiten. Aus den von ihm angeführten Geſetzſtellen geht weiter nichts hervor, als daß die Relegation entweder eine temporalis, oder eine perpetua ſeyn könne.

4) Wahrſcheinlich eine corrumpirte Lesart, ſtatt quod ei ſupereſſet, cum fugit. Man vgl. zu dieſer Stelle die Geb. Spangenb. Ausg. des corp. jur. civ. in der dortigen Note.

si in decem annos damnatus sit, aut perpetuari ei debet poena, aut in opus metalli transmitti. Plane si decennio damnatus fuit, et initio statim fugit, videndum est, utrum duplicari ei tempora debeant, an vero perpetuari, vel transferri in opus metalli? Et magis est, ut transferatur, aut perpetuetur; generaliter enim dicitur, quotiens decennium excessura est duplicatio, non esse tempore poenam arctandam.

fr. 8. §§. 6 et 7. D. XLVIII, 19. de poenis.

In diesen Paragraphen ist nun von drey verschiedenen Verurtheilungen die Rede, nämlich von der damnatio

1) in metallum,
2) in opus metalli,
3) in opus publicum.

Die in den beiden ersten Fällen in Betrachtung kommenden Strafen unterscheiden sich nur dadurch von einander, daß bei der damnatio in metallum *graviora*, bey der damnatio in opus metalli *leviora* vincula angewendet wurden.

Daneben wird uns denn gesagt, daß

a) der refuga *ex opere metalli*, zur Strafe wegen der Flucht, *in metallum* gegeben, hingegen

b) der refuga *ex metallo* schwerer, *gravius*, wegen seiner Entweichung, bestraft worden sey, und diese schwerere Bestrafung bestand, wie wir durch

fr. 28. §. 15. D. l. l. und
fr. 5. §. 5. D. L. 15. extraord. cognitt.

belehrt werden, in der Todesstrafe.

Das *metallum*, gleichviel, ob schlechthin *metallum*, oder *opus metalli*, bezog sich auf unterirdische Arbeiten, und war eben deshalb, theils in Hinsicht auf größere Beschwerlichkeit, theils in Hinsicht auf die grö-

fere damit verbundene Gefahr, eine härtere Strafe, als die in Folge einer damnatio *in opus publicum* eintretende. Ueber ihre Dauer ist in unsern Quellen nichts bestimmt worden.

Vgl. Briffon. de V. S. vox metall.

Was endlich die dritte der oben aufgestellten Verurtheilungen, die damnatio *in opus publicum* betrifft, so bezog sich diese auf Strafarbeiten, die nicht unterirdische waren, und sie sind es, welche, in Beziehung auf die oben hingestellte Frage, hier hauptsächlich in Betrachtung kommen. Man kann dahin Wegebau, Wasserleitung und dergleichen rechnen.

Ueber sie sagt uns nun in seinen einzelnen Bestimmungen der siebente Paragraph des angeführten Fragments Folgendes:

a) Der refuga *ex opere publico* wurde, wegen seiner Entweihung, mit einer, der Zeit nach, verdoppelten Strafe belegt.

b) Verdoppelt wurde ihm aber nur der Zeitraum, dem er sich durch die Flucht entzogen hatte, so daß z. B. wenn er, verurtheilt zu einem achtjährigen opus publicum, nach fünf Jahren flüchtig geworden wäre, mithin drey Jahre vor abgelaufener Strafzeit, er nun noch zwey mahl drey, d. h. sechs Jahre, die Strafe erleiden müßte.

c) War der refuga ex opere publico zu einer zehnjährigen Strafe der eben erwähnten Art verurtheilt gewesen, so wurde, wegen seiner Flucht vor abgelaufener Strafzeit, diese Strafe entweder eine lebenslängliche (perpetuabatur), oder er wurde in opus metalli verurtheilt.

d) War der zu zehnjährigem opus publicum Verurtheilte gleich zu Anfange flüchtig geworden, so trat keinesfalls eine Verdoppelung ein, sondern entweder eine Verlängerung der Strafe auf Lebenszeit, oder eine translatio in opus metalli.

e) Ueberhaupt (*generaliter*) sollte, wenn die Verdoppelung (*duplicatio*) einen zehnjährigen Zeitraum übersteigen würde, die Strafzeit nicht zeitig beschränkt werden, eine Verdoppelung also z. B. dann nicht eintreten, wenn ein zu einem achtjährigen opus publicum Verurtheilter nach zwey Jahren sich auf die Flucht begeben hätte, mithin zu einer Zeit, da er noch sechs Jahre seine Strafe zu erdulden gehabt hätte, in welchem Falle eine Verdoppelung zwölf Jahre, also mehr als zehn Jahre würde betragen haben, vielmehr sollte hier nach dem Gesetze nicht etwa eine Herabsetzung der noch zu erduldenden Strafe auf den Zeitraum von zehn Jahren Statt finden, sondern entweder lebenswieriges opus publicum, oder transmissio in opus metalli eintreten.

Aus allem bisher Angeführten geht unwidersprechlich hervor, daß nur von der in diesem besondern Verhältnisse zur Sprache gebrachten *duplicatio* hier die Rede, mit keinem Worte aber gesagt worden ist, daß überhaupt nicht, uranfänglich, auf eine zeitige, länger als zehn Jahre dauernde, auf eine Freyheitsstrafe von zwölf, funfzehn, zwanzig Jahren, mithin auf eine Strafe erkannt werden dürfe, die zwar keine lebenslängliche, aber doch eine Strafe ist, welche über den Zeitraum von zehn Jahren hinaus geht.

Dagegen kann, meiner Ueberzeugung nach, auch kein Grund aus Modestinus hergenommen werden, wenn er (Lib. 8. Regul.) sagt:

> Sine praefinito tempore in metallum dato, imperitia dantis, decennii tempora praefinita videntur.
>
> fr. 25. D. XLVIII, 19. de poenis.

Man möge nun annehmen, Modestin habe sich den Fall gedacht, da eine datio in metallum überhaupt, ohne alle Beziehung auf die Dauer der Strafe, ob nämlich diese eine zeitige, oder lebenswierige seyn solle, in Rede stehe, oder den Fall, da zwar ausgesprochen worden, die Strafe solle eine bloß zeitige seyn, nicht aber, welche Dauer dieser zeitigen Strafe zu geben sey; so steht in dem einen, wie in dem andern dieser Fälle die hier angeführte Stelle in keiner Beziehung auf die oben von uns aufgeworfene Frage, und kann weder für, noch gegen deren verneinende Beantwortung auch nur das Geringste entscheiden.

XIII.

Criminalistische Bemerkungen, praktischen Inhalts.

Von

Hrn. Oberappellationsrathe Dr. Spangenberg in Celle.

I.

Ueber die rechtlichen Wirkungen einer ertheilten Abolition in Bezug auf dritte Personen.

Ist es zwar richtig, daß die Ertheilung einer Abolition gänzlich nach den Grundsätzen über die Begnadigung zu beurtheilen ist [1]), so liegt dennoch ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden darin, daß, weil die letztere nur nach abgegebenem Straferkenntnisse ausgesprochen wird, die erstere dagegen entweder vor der zu verhängenden Untersuchung, oder doch wenigstens vor Abgabe des Straferkenntnisses, die Abolition weit eher als eine bloße Handlung der Willkür erscheint, als die Begnadigung; gerade weil die Abolition eben dadurch, daß die Untersuchung niedergeschlagen wird, die richtigere Einsicht in die, das Verbrechen begleitenden Umstände unmöglich macht, wogegen bei der, nach geschlossener Untersuchung und abgegebenem Straferkenntnisse, in

1) Meine praktischen Erörterungen Bd. 1. Nr. 50.

Anspruch genommenen Begnadigung eine rechtliche Berücksichtigung der Zulässigkeit derselben möglich wird.

Nicht mit Unrecht wird daher die Abolition, von Tittmann [2]), Stübel [3]) u. A. als diejenige Handlung bezeichnet, durch welche die gegen einen Angeschuldigten vorzunehmende oder bereits angestellte Untersuchung, vor ihrer Beendigung, durch einen Machtspruch niedergeschlagen wird.

Gerade deshalb aber, und weil die Niederschlagung einer Untersuchung durch einen Machtspruch, mit dem Zwecke einer gerechten und unparteiischen Strafpflege nicht füglich vereinigt werden kann, wird die Ertheilung einer Abolition nicht allein, von den bewährtesten Rechtslehrern [4]) in allen den Fällen für durchaus widerrechtlich gehalten, wo das Verbrechen Rechte des Staats, als solchen, oder Rechte der Privatpersonen verletzt, und nicht etwa die Verletzung nur die höchste Gewalt in ihrer Privatqualität getroffen hat, sondern es ist auch in einzelnen Verfassungsurkunden constitutioneller Staaten dieserhalb dem Landesherrn das Recht der Abolition entweder gänzlich oder theilweise [5]) entzogen, und demselben nur das Recht der Begnadigung zugestanden.

Will man jedoch die Ansicht jener Rechtslehrer in dieser Strenge nicht theilen und der höchsten Gewalt das

---

2) Handbuch der Strafrechtswissensch. §. 67.

3) Das Criminalverfahren. §. 1373.

4) Archiv des Criminalrechts. Bd. VI. St. 3. Nr. 4. S. 87. Kleinschrod system. Entwickel. Th. II. §. 292. Tittmann a. a. O. Stübel a. a. O. §. 1586.

5) Z. B. Verfassungsurkunde für Kurhessen. §. 120.

Recht der Abolition, so willkürlich es auch seyn mag, zugestehen, so läßt es sich dennoch nicht verkennen, daß eine Ausübung dieses Rechts, selbst abgesehen davon, daß es, wie oben bemerkt, gegen den Begriff einer unparteiischen Strafrechtspflege anstößt, die Wirksamkeit der Strafgesetze in höchster Maaße dadurch schwächt, daß die Hoffnung auf Abolition deren Kraft, durch ihre Strafandrohung Verbrechen zu verhüten, ganz außerordentlich vermindert [6]), so daß es daher, und unter Berücksichtigung der Wirkungen, die man der ertheilten Abolition zuschreibt, im höchsten Grade rathsam bleibt, Abolition nur in sehr seltenen Fällen und in sehr beschränkter Maaße eintreten zu lassen.

Ist nämlich eine Abolition einmal ertheilt, so wird ihr die rechtliche Wirkung zugeschrieben, daß derjenige, welcher sie erhalten hat, nicht allein von der Strafe, die ihm sonst getroffen haben würde, befreiet bleibt, sondern auch das Verbrechen selbst, in Bezug auf den Thäter, als nicht begangen betrachtet wird, so daß derselbe, nach der Meinung vieler [7]) Rechtslehrer sogar eine Injurienklage gegen denjenigen anzustellen befugt ist, welcher ihm solches nach erhaltener Abolition etwa vorwerfen würde: eine Meinung, welche jedoch von andern Rechtslehrern [8]) nur in so fern gebilligt wird, als in dem Abolitionsreskripte ausdrücklich gesagt seyn werde, daß das frühere Vergehen dem Thäter

6) Filangieri System. Bd. IV. Cap. 57. Pastoret Betrachtungen. Th. I. Cap. 4.

7) Brunquell. de abolit. cap. I. §. 6. Wildvogel de abol. §. 18. Engau de abolit. §. 18. Stryck de abol. cap. 5. Leyser sp. 626.

8) Wildvogel §. 40. 41.

Anspruch genommenen Begnadigung eine rechtliche Berücksichtigung der Zulässigkeit derselben möglich wird.

Nicht mit Unrecht wird daher die Abolition, von Tittmann [2]), Stübel [3]) u. A. als diejenige Handlung bezeichnet, durch welche die gegen einen Angeschuldigten vorzunehmende oder bereits angestellte Untersuchung, vor ihrer Beendigung, durch einen Machtspruch niedergeschlagen wird.

Gerade deshalb aber, und weil die Niederschlagung einer Untersuchung durch einen Machtspruch, mit dem Zwecke einer gerechten und unparteiischen Strafpflege nicht füglich vereinigt werden kann, wird die Ertheilung einer Abolition nicht allein, von den bewährtesten Rechtslehrern [4]) in allen den Fällen für durchaus widerrechtlich gehalten, wo das Verbrechen Rechte des Staats, als solchen, oder Rechte der Privatpersonen verletzt, und nicht etwa die Verletzung nur die höchste Gewalt in ihrer Privatqualität getroffen hat, sondern es ist auch in einzelnen Verfassungsurkunden constitutioneller Staaten dieserhalb dem Landesherrn das Recht der Abolition entweder gänzlich oder theilweise [5]) entzogen, und demselben nur das Recht der Begnadigung zugestanden.

Will man jedoch die Ansicht jener Rechtslehrer in dieser Strenge nicht theilen und der höchsten Gewalt das

---

2) Handbuch der Strafrechtswissensch. §. 67.

3) Das Criminalverfahren. §. 1373.

4) Archiv des Criminalrechts. Bd. VI. St. 3. Nr. 4. S. 87. Kleinschrod system. Entwickel. Th. II. §. 292. Tittmann a. a. O. Stübel a. a. O. §. 1586.

5) Z. B. Verfassungsurkunde für Kurhessen. §. 120.

Recht der Abolition, so willkührlich es auch seyn mag, zugestehen, so läßt es sich dennoch nicht verkennen, daß eine Ausübung dieses Rechts, selbst abgesehen davon, daß es, wie oben bemerkt, gegen den Begriff einer unparteiischen Strafrechtspflege anstößt, die Wirksamkeit der Strafgesetze in höchster Maaße dadurch schwächt, daß die Hoffnung auf Abolition deren Kraft, durch ihre Strafandrohung Verbrechen zu verhüten, gänzlich außerordentlich vermindert [6]), so daß es daher, und unter Berücksichtigung der Wirkungen, die man der ertheilten Abolition zuschreibt, im höchsten Grade rathsam bleibt, Abolition nur in sehr seltenen Fällen und in sehr beschränkter Maaße eintreten zu lassen.

Ist nämlich eine Abolition einmal ertheilt, so wird ihr die rechtliche Wirkung zugeschrieben, daß derjenige, welcher sie erhalten hat, nicht allein von der Strafe, die ihm sonst getroffen haben würde, befreiet bleibt, sondern auch das Verbrechen selbst, in Bezug auf den Thäter, als nicht begangen betrachtet wird, so daß derselbe, nach der Meinung vieler [7]) Rechtslehrer sogar eine Injurienklage gegen denjenigen anzustellen befugt ist, welcher ihm solches nach erhaltener Abolition etwa vorwerfen würde: eine Meinung, welche jedoch von andern Rechtslehrern [8]) nur in so fern gebilligt wird, als in dem Abolitionsreskripte ausdrücklich gesagt seyn werde, daß das frühere Vergehen dem Thäter

6) Filangieri System. Bd. IV. Cap. 57. Pastoret Betrachtungen. Th. I. Cap. 4.

7) Brunquell. de abolit. cap. I. §. 6. Wildvogel de abol. §. 18. Engau de abolit. §. 18. Stryck de abol. cap. 5. Leyser sp. 626.

8) Wildvogel §. 40. 41.

an seiner Ehre nicht nachtheilig seyn und ihm nicht weiter vorgerückt werden solle.

Gerade diese exorbitante Wirkung der Abolition, wodurch gewisser Maaßen Schwarz in Weiß verwandelt wird, so wie deren zweideutige Natur selbst, hat es aber veranlaßt, daß seit den ältesten Zeiten bis auf die neuesten herab, alle Rechtslehrer, welche diese Lehre zum Gegenstande ihrer Prüfung gemacht haben, über zwei beschränkende Grundsätze ihrer rechtlichen Wirkungen einig geworden sind; nämlich einmal, daß jede Abolition dermaßen restrictiv gedeutet werden müsse, daß sie auf keinen andern Fall, als auf denjenigen, welcher in dem Abolitionsrescripte genannt werde, ausgedehnt werden dürfe, und zweitens, daß durch dieselbe nie das Privatinteresse, welches für dritte Personen aus der Handlung, in deren Bezug die Abolition ertheilt worden, entspringe, gefährdet werden dürfe.

So bemerkt Wildvogel §. 35:

Quaeritur an per abolitionem principis interesse tertii potest laedi? Et respondemus: Interesse tertii, *si quoddam apparet* et indicatur, per abolitionem ademisse princeps non censetur. Abolitio est strictissimae interpretationis et semper sit, salvo jure tertii, nec princeps hoc aliis ademisse censetur, sed unicuique jus suum salvum tectumque manere debet: renunciare enim potest princeps interesse suo et favori commodisque sperandis, non vero juri quaesito singulorum.

Engau drückt sich §. 24. dahin aus:

Abolitio, quaecunque sit, in beneficiis principis est, haec vero salvo jure cujusque tertii conceduntur. Unde ea non obstante, laesus ex delicto civiliter agere et excipere, speciatim:

1. furtum passus rem sibi furto ablatam vindicare, 2. agnatus occisi proximus ad wergeldum, 3. et libello famoso notatus ad deprecationem, 4. innocens conjux ad divortium, 5. illiusque liberi ad privationem portionis statutariae, 6. debitor usuraria pravitate vexatus ad quartam partem sortis sibi applicandam, 7. fiscus ad resarcitionem damni illicita vel inordinata bonorum administratione sibi, dati etc. agere, itidem 8. judicio familiae erciscundae conventus ab ea, cui adulterii ergo obvenit abolitio, et quas ex eo sequitur, privationis portionis statutariae, nec minus de partu illegitimo, successionis legitimae non capace, excipere — potest.

Und im §. 31. bemerkt er:

Quandoquidem quaevis abolitio strictissimae interpretationis est, sequitur, ut ex illo ipso actu, quem rescriptum aut diploma nominat, terminetur, nec ad similem — queat extendi.

Seger [9]) sagt:

Nam in vulgus notum est, abolitionem in privilegiis, ideoque non hoc duntaxat cavendum esse, ne mala interpretatione eam in alterius damnum et *juris alieni detrimentum* vertamus, sed omnes etiam ejus impetratae conditiones et modos strictissime observari oportere.

Leyser [10]) bezeugt:

Abolitiones a principe indultae *jus privatorum* laedere nullo modo possunt.

Auf ähnliche Weise äußern sich von den ältern Rechtslehrern, Brunquell §. 16, Struck Kap. V. Nr. 88, Hommel [11]), Schorch [12]) u. A.

9) De abol. §. 5a. 10) Spec. 626.
11) Rhapf. obf. 676 12) Reſponf. 279. Nr. 54—75.

Von neuern sagt Tittmann §. 887:

„Auf Privatrechte hat die Abolition keinen Einfluß."

Und Stübel §. 1406:

„Wenn man auch das Recht des Staats auf Strafe wegen eines Verbrechens willkürlich aufhebt, so werden in der Regel dennoch die aus eben demselben Verbrechen zugleich entspringenden Civilansprüche geschützt. Und ist in der Abolitionsurkunde blos von der Strafe die Rede, so erstreckt man sie nicht auf die Privatgenugthuung."

Daß diese, von jenen Rechtslehrern aufgestellten Beschränkungen der rechtlichen Wirkungen einer ertheilten Abolition im Ganzen Beifall verdienen, möchte wohl nicht verkannt werden können: dagegen kann der Begriff des Privatinteresse, auf welches eine ertheilte Abolition keinen Einfluß äußern soll, allerdings mehrdeutig seyn.

Daß hierunter diejenigen Civilansprüche, welche unmittelbar aus dem Verbrechen selbst entspringen, so wie der Schadensersatz, den der durch das Verbrechen Betheiligte zu fordern berechtigt ist, begriffen werden müssen, kann nicht zweifelhaft seyn. Zweifelhafter könnte es dagegen seyn, ob nicht auch andere Privatrechte oder Befugnisse dritter Personen, die etwa mittelbar durch die Begehung des Verbrechens begründet worden wären, hiezu gerechnet werden müßten?

Sämmtliche oben aufgeführte Schriftsteller scheinen allerdings dieser Meinung zu seyn, indem sie den Grundsatz, daß eine Abolition die Rechte dritter Personen nicht berühren könne, nicht auf die eigentlichen Civilansprüche beschränken, sondern sich entweder ganz allgemein ausdrücken, oder insbesondere solche civilrechtliche Folgen

des Vergehens erwähnen, welche zum Theil nicht als wahre Civilansprüche oder als Schadenersatzforderungen bezeichnet werden können.

Wildvogel und Brunquell sprechen im Allgemeinen von juribus quaesitis tertii, ersterer sogar vom Interesse tertii, *si quoddam apparet*, Seger vom jus alienum, Leyser und Dittmann von Privatrechten, und nur Stübel erwähnt allein der Civilansprüche und der Privatgenugthuung. Engau redet von der Befugniß des unschuldigen Ehegatten, des abolirten Ehebruchs ungeachtet auf Scheidung klagen zu können, von der Befugniß der Erben desselben, gegen den Schuldigen auf Privation mit der portio statutaria anzutragen u. s. w. Wildvogel theilt ein Responsum der Leipziger Facultät von 1725 mit, nach welchem Pamphilus wegen fälschlicher Denunciation und öffentlicher Injurien gegen den Titius, in Criminalhaft gerathen war, dem Titius aber, obgleich Pamphilus Abolition erwirkte, dennoch das Recht, gegen Pamphilus wegen jener Injurien auf Satisfaction zu klagen, zugestanden wurde; Leyser führt ein Helmstedter Facultätserkenntniß von 1719 an, zufolge dessen ein partus adulterinus mit der gegen die rechtmäßige Tochter seines Vaters erhobenen Erbtheilungsklage abgewiesen wurde, obgleich er sich auf die, seiner Mutter ertheilte Abolition bezog; derselbe führt ein ähnliches Erkenntniß der Wittenberger Facultät an, nach welchem der Syndicus einer Gemeine für befugt erklärt wurde, die Absetzung ihres Erbschulzen, wegen begangener Fälschungen, zu verlangen, wiewohl derselbe in Bezug auf dieses Verbrechen von dem Landesherrn Abolition erhalten hatte.

Tittmann [13]) behauptet, daß die Abolition auch nicht die Ausstoßung aus Raths- oder andern Collegien, deren Besetzung nicht unmittelbar vom Landesherrn abhänge, hindere, da die landesherrliche Abolition den erworbenen Rechten der Rechtscollegien, zufolge deren sie die Ausstoßung verbrecherischer Mitglieder aus ihrer Mitte beschließen könnten, nicht präjudiciren könne, und mit Engau [14]) und Strykk [15]) weichen in diesem besondern Falle ab, indem sie dafür halten, daß, wenn es auch nicht in dem Abolitionsrescripte ausdrücklich heiße, daß der Thäter wegen der abolirten That an seinen Ehren von niemand gekränkt werden solle, derselbe dennoch nicht aus Zünften ausgestoßen werden könne; eine Ansicht, die jedoch von Tittmann entschieden gemißbilligt wird. Stübel endlich, der alles lediglich und allein von der Willkür des Abolirenden abhängig macht, scheint nur dann die Civilansprüche dritter Personen für unwirksam anzunehmen, falls sie in dem Abolitionsrescripte ausdrücklich für unwirksam erklärt worden sind.

Alle sind dagegen der Meinung, daß in Fällen dieser Art die rechtliche Wirkung der ertheilten Abolition, selbst wenn man sie darin setzt, daß das abolirte Verbrechen dem Thäter nicht weiter vorgeworfen werden dürfe, und sogar derselbe gegen diejenigen, die solches thun, eine Injurienklage anstellen könne, jedenfalls dann aufhöre, falls nur das Vorbringen pro jure suo tuendo geschehe; ja sie behaupten sogar, daß editio actorum abolitorum his, qui civiliter agunt, denegari non debet.

13) §. 178. Anm. m.
14) §. 19. u. 22.
15) Cap. V. Nr. 38.

In der That läßt sich auch gar kein Bedenken finden, welches der Ansicht, daß die Abolition unmöglich das Privatinteresse eines Dritten, von welcher Art es auch sey, kränken dürfe, mit Grund entgegengesetzt werden könnte; denn da die Abolition selbst und an und für sich ein so exorbitanter und dem Rechtsgefühle widersprechender, willkürlicher Act ist, so müssen die Wirkungen desselben nothwendig in die engsten Grenzen eingeschlossen, und es darf nicht gestattet werden, daß ihnen überdies noch ein nachtheiliger Einfluß auf das rechtliche Interesse dritter Personen eingeräumt werde.

Ob nun aber das Privatinteresse eines Dritten so weit gewahrt werden müsse, daß derselbe auch die Befugniß habe, Verdachtsgründe gegen die Person des Verbrechers, welche aus der Thatsache des von ihm begangenen Verbrechens, den Rechten zufolge, abgeleitet werden können, der Abolition ungeachtet, vor Gericht geltend zu machen, ist eine weiter zu untersuchende Frage.

Tittmann bejaht sie in dem von ihm angeführten Falle, wo die Ausstoßung des Verbrechers, ungeachtet der von ihm erwirkten Abolition, aus den Rathscollegien zur Entscheidung kam, und Leyser [16]) findet gar kein Bedenken, zu behaupten, daß jedermann das Recht habe, einen gegen ihn producirten Zeugen [17]) wegen des von ihm begangenen Verbrechens, obwohl solches abolirt worden, als suspect anzugreifen. Nec peccare puto, sagt er, si quis testi contra se inducto, pro

16) Sp. 626. med. 10. 11.

17) Vgl. Mittermaier über die Zeugenfähigkeit derjenigen, welche wegen verübter Verbrechen ehrlos sind, in von Zu Rhein Jahrbüchern des gemeinen deutsch. bürgerl. Prozesses. Bd. I. Nr. 9. S. 201 fgg.

fide ejus infringenda, crimen, cujus abolitionem redemerit, objiciat.

Wirklich scheint auch diese Ansicht nicht ohne Grund zu seyn, wenn man bedenkt, daß der Landesherr durch die ertheilte Abolition nur die objectiven Folgen des begangenen Verbrechens, nicht aber die subjectiven aufheben kann. Der Landesherr kann wohl sagen: ich befehle dir, daß du denjenigen, dem ich das Verbrechen verziehen habe, fernerhin als Nichtverbrecher betrachten und demselben das Verbrechen, welches er begangen, und das ich abolirt habe, nicht weiter zum Vorwurfe machen sollst! Aber er kann nicht sagen: ich befehle dir, daß du dem Manne, dem ich verziehen habe, auch hinführo dein vollkommenes Vertrauen schenken sollst, weil ich ihm verziehen habe, ihm wieder mein Vertrauen geschenkt habe; ich befehle dir, die Ueberzeugung fahren zu lassen, welche du aus dem von ihm begangenen Verbrechen geschöpft hast, er werde nicht unparteiisch gegen dich verfahren, und dagegen durchaus keinen fernern Verdacht gegen ihn zu hegen, weil ich das Verbrechen abolirt habe; ich befehle dir, daß du den Meineidigen, dem ich, wegen seines Meineids Abolition ertheilt habe, nun künftig für einen solchen Mann ansehen sollst, der nach seinem Gewissen recht schwören wird; daß du den Richter, welcher wegen Bestechung das Recht gebeugt, nach der Abolition, als unverdächtigen Richter in deiner Rechtssache ansehen sollst!

Ein solches Gebot liegt nicht in der Macht des Landesherrn, und, wenn er sich zu demselben etwa würde hinreißen lassen, so würde dasselbe schwerlich dem gerechten Vorwurfe einer schreienden Ungerechtigkeit, ja eines wahren Gewissenszwangs entgehen können.

Setzen wir den Fall, der Zeuge, den Leyser erwähnt, wäre früher wegen Meineids in Untersuchung gezogen, er habe das Verbrechen eingestanden, aber Abolition erlangt: sollte sich die Partei, gegen welche er producirt wird, gefallen lassen müssen, daß er als testis plane habilis angesehen werden solle? Oder die Partei wäre in einem Rechtsstreite mit einem solchen Meineidigen befangen: sollte sie gezwungen werden können, es zuzulassen, daß derselbe in diesem Rechtsstreite einen Eid gegen sie ausschwöre, weil er doch Abolition erhalten habe? Gewiß würde jedes Gericht Bedenken tragen müssen, das Verlangen der Partei, jenen Zeugen nur als suspect anzusehen, oder den früher Meineidigen nicht zur Ausschwörung des Eides zuzulassen, zurückzuweisen.

Es scheint daher allerdings angenommen werden zu müssen, daß, der ertheilten Abolition ungeachtet, jeder Dritte die Befugniß haben müsse, sein aus dem abolirten Verbrechen entsprungenes Privatinteresse, im weitern Sinne dieses Worts, und ohne Rücksicht darauf, ob es unmittelbar oder nur mittelbar aus demselben hervorgehe, gerichtlich geltend zu machen.

II.

Ueber das Recht der Criminalgerichte, termineliche Abbüßung bereits erkannter Strafen zu verwilligen.

Ob die Criminalgerichte befugt seyen, die durch ihr eigenes Urtheil erkannten Strafen nachher dergestalt zu modificiren, daß nach Befinden der Umstände jene Strafen nicht, erkannter Maaßen in ununterbrochener Zeitfolge, sondern in solchen Zeitabschnitten und Terminen

abgebüßt werden, wie es das Wohl des Verurtheilten erfordert? ist eine noch wenig erörterte Frage.

In Bezug auf die preußische Justizverfassung, nach welcher diese Befugniß wenigstens dem Justizminister [18]) zusteht, ist sie sogar diesem neuerlich [19]) bestritten worden, weil außer der Herabsetzung des Strafmaaßes oder der Bestimmung einer gelindern Strafart, auch diejenige der Vollstreckungsart zu der Milderung aus Gnade gehöre, eine solche Milderung aus Gnade aber nur ein Ausfluß des Begnadigungsrechts sey, welches lediglich dem Landesherrn, also nicht dem Justizministerio zustehe.

Nimmt man diese Ansicht als richtig an, so muß jene Befugniß um so mehr noch den Civilgerichten abgesprochen werden.

Indessen ist bei derselben die Prämisse, nämlich daß eine Abänderung der Vollstreckungsart, in der Maaße einer terminlich gestatteten Abbüßung, als Milderung aus Gnade angesehen werden müsse, nicht allein entschieden falsch, mithin der aus derselben gezogene Schluß, daß die sie verstattende Verfügung ein Ausfluß des allein dem Landesherrn zustehenden Begnadigungsrechts sey, unrichtig, sondern es läßt sich auch jene Befugniß so ganz natürlich aus den allgemeinen richterlichen Rechten und Pflichten ableiten, daß gerade die entgegengesetzte Ansicht allein Beifall zu verdienen scheint.

Eine

18) S. Bemerkungen über Terminal-Strafabbüßung in v. Kamptz Jahrbüchern für Preuß. Gesetzgeb., Rechtswiss. u. Rechtsverwaltung. Heft LXXIII. S. 157 fgg.

19) Ueber das Recht terminweise Abbüßung von Strafen zu gestatten. Berlin, Stettin u. Elbing, 1831. 8.

Eine Strafe, die in ununterbrochener Zeitdauer zu erdulden ist, in verschiedenen Terminen abbüßen zu dürfen, kann allerdings wohl als eine Milderung der Vollstreckung angesehen werden und also dem Verurtheilten wünschenswerth seyn; in der Regel, und abgesehen von Geldbußen, bei denen die Gestattung von Zahlungsfristen stets als Milderung betrachtet werden kann, ist sie es aber nicht!

Weit entfernt davon, daß das ungetheilte Strafübel an Intensivität verlieren würde, wenn man eine Theilung desselben zulassen wollte, vergrößert gerade die Theilung das Strafübel in den meisten Fällen; denn es wird gewiß niemand im Allgemeinen, und abgesehen von concreten Umständen, behaupten wollen, daß es Milderung sey, wenn ein Verurtheilter eine durch Urtheil und Recht festgesetzte körperliche Züchtigung in verschiedenen Zeiträumen erdulden, eine ununterbrochen zu erleidende öffentliche Ausstellung an verschiedenen Tagen abbüßen oder eine Freiheitsstrafe in Unterbrechungen aushalten sollte, wo außer dem jedesmaligen Quantum auch die ganze Strafe mit ihrer psychologischen Wirkung von Schmach und Schande und dem Einflusse auf die Vorstellung wiederum reproducirt wird [20]).

Also nicht Milderung, sondern weit eher eine Erschwerung des Strafübels liegt im Allgemeinen in der terminlichen Abbüßung der Strafe, und, wie es also irrig ist, die Gestattung derselben als einen Act der Gnade anzusehen, diesen aus dem Begnadigungsrecht selbst abzuleiten, und ihn solchergestalt dem Landesherrn allein zuzuschreiben, eben so klar ist es auf der andern

20) Vgl. die treffenden Bemerkungen von Abegg in Hall. Lit. Zeit. 1832. Nr. 12.

Seite, daß der Richter eine solche terminliche Abbüßung nicht anders, als auf das Gesuch des Verurtheilten, und insofern die von diesem zur Motivirung dieses Gesuchs angeführten Gründe nicht durch Rücksichten auf das öffentliche Wohl überwogen werden, zu gestatten hat, weil der Richter zur Vermehrung des Strafübels, so wie solches erkannt worden, nicht berechtigt seyn kann.

Dagegen fließt die Befugniß einer solchen Gestattung aus den richterlichen Rechten und Verpflichtungen so natürlich, daß man gewiß nicht fehlen wird, wenn man dieselben nur aus dieser Quelle ableiten will.

Unbestreitbar hat der Richter das Recht, die Vollstreckung einer von ihm erlassenen Unterstützung, also auch der von ihm erkannten Strafe zu leiten und zu beaufsichtigen, Hindernisse, die sich jener Vollstreckung in den Weg legen könnten, zu beseitigen und dahin zu sehen, daß letztere gehörig vollzogen werde; zugleich aber auch die Verpflichtung, darüber zu wachen, daß die Vollstreckung für den Verurtheilten nicht härter und drückender geschehe, als der beabsichtigte Zwäck der Verfügung selbst erfordert [21]).

Kann ihm daher die Befugniß nicht bestritten werden, z. B. wegen Krankheit des Verurtheilten, entdeckte Schwangerschaft oder erfolgter Entbindung, die Vollstreckung der Strafe aufzuschieben [22]), so muß es ihm auch zustehen, falls dergleichen Umstände bereits nach begonnener Vollstreckung hervortreten, oder überhaupt in allen den Fällen, wo der Verurtheilte zeigt,

---

21) Tittmann Handbuch der Strafrechtswissensch. Bd. IV. §. 866.

22) Tittmann §. 869. Mittermaier das deutsche Strafverfahren. Bd. II. §. 200.

daß durch die ununterbrochene Vollstreckung ein schwer zu ersetzender Verlust an seinem Vermögen, an seiner Gesundheit u. s. w. entspringen würde, eine terminliche Abbüßung der Strafe, in allen den Fällen, wo nicht die Rücksicht auf das öffentliche Wohl sich entschieden dagegen ausspricht, zu gestatten. Man nehme z. B. an, daß ein armer Landmann, welcher seinen Ackerbau allein und ohne Hülfe eines Knechts theilen muß, eine sich über die ganze Ernte- und Saatzeit hinaus erkannte Gefängnißstrafe zu erdulden hätte, und es sich nun zeigen würde, daß, falls er solche ununterbrochen abbüßen müßte, seine Ernte nicht eingebracht, die neue Aussaat nicht besorgt werden könnte, also seine Familie Hunger leiden würde; oder, man denke sich den Fall, daß erst nach erkannter Strafe entdeckt wird, der Verurtheilte werde, falls sie nicht in Zwischenräumen vollstreckt wird, an seiner Gesundheit unersetzlichen Schaden leiden — sollte in Fällen dieser und ähnlicher Art dem Richter die Befugniß abgesprochen werden dürfen, die terminliche Abbüßung der Strafe zu erlauben? Sollte es nicht ungereimt seyn, den Verurtheilten mit seinem Gesuche an das Justizministerium oder den Landesherrn zu verweisen, die Vollstreckung aber fortzusetzen, während der größere Zeitverlust nur etwa den ganzen Zweck des Gesuchs vereiteln würde?

III.

Unter welchen Voraussetzungen ist die Androhung des Präjudizes der Präclusion gegen einen säumigen Vertheidiger für zulässig und angemessen zu halten?

Sind gleich die im bürgerlichen Prozesse wesentlich nothwendigen peremtorischen Beweisfristen für den pein-

lichen Prozeß unanwendbar, und ist daher die materielle Vertheidigung nie als Desert oder ausgeschlossen zu betrachten [23]), so muß dennoch der Staat für die formelle Defension eine Frist [24]) bestimmen, binnen welcher die Vertheidigungsschrift bearbeitet oder eingebracht werden muß, damit der Angeschuldigte, der etwa im Gefängnisse schmachtet, nicht von der bloßen Laune oder Trägheit seines Vertheidigers abhänge und damit überhaupt der Criminalprozeß nicht muthwilliger Weise verzögert werde.

Sowohl der gemeinrechtliche Gerichtsgebrauch [25]), als auch Territorialgesetze [26]) haben daher Fristen bestimmt, binnen welchen die Vertheidigungsschrift von dem Vertheidiger für den Angeschuldigten verfertigt und eingebracht werden muß; theils in der Art, daß diese Fristen gesetzlich abgemessen sind, theils so, daß der Richter [27]) befugt worden ist, die Frist jedesmal nach Beschaffenheit der Umstände auszumessen. Um aber auch gewiß zu seyn, daß diese Fristen möglichst eingehalten werden, haben Gerichtsgebrauch oder Gesetze Rechts-

---

23) Boehmer Medit. ad C. C. C. Art. 62. Bauer Criminalprozeß. §. 158. Stübel Criminalverfahren. §. 2381. Mittermaier Anleitung zur Vertheidigungskunst (1828.) §. 129.

24) Mittermaier a. a. O.

25) Carpzov. Prax. rer. crim. Qu. 115. Nr. 86. Meister Einleit. in die peinl. Rechtsgel. S. 246. Hilliger de termino fatali defensorib. reor. concidendo. Lipsi. 1738. Tittmann Handb. Bd. IV. §. 782.

26) Hannov. Criminalinstruction Cap. IX. §. 10. Preuß. Criminalordn. §. 444. 459.

27) Hannov. Criminalinstruction a. a. O. Baiersches Strafgesetzb. Th. II. Art. 144.

nachtheile für den säumigen Vertheidiger angedroht, und zwar meistens dahin:

1) bei Vermeidung einer Geldstrafe [28]), oder
2) bei Gefängnißstrafe [29]), oder
3) daß derselbe alle durch die Verzögerung veranlaßten Kosten des Unterhalts des Gefangenen (Sitz- und Atzungskosten) selbst zu bezahlen [30]) habe; oder endlich
4) daß auf seine Kosten ein anderer Vertheidiger mit der Defension beauftragt werden solle [31]).

Ist die Rede von einem, dem Angeschuldigten beigeordneten Vertheidiger, sey es nach Auswahl und auf die Bitte des erstern, oder nach Bestimmung des Gerichts, so würde es sehr unpassend [32]) seyn, wenn der Richter dem Defensor das Präjudiz setzen wollte, daß, nach dem fruchtlosen Ablauf der Frist, der Angeschuldigte mit der Vertheidigung präcludirt oder ausgeschlossen werden solle, weil ein solcher Ausschluß dem Geiste des Strafprozesses und dem Grundsatze, daß kein Angeschuldigter ohne Vertheidigung, insofern er sie verlangt hat oder dieselbe absolut erforderlich ist, verurtheilt werden soll, widersprechen würde.

---

28) Leyser Sp. 592. med. 17. Meister a. a. O. S. 247. Quistorp peinl. Recht. §. 660. Tittmann a. a. O. §. 782. Mittermaier a. a. O. Preuß. Criminalordn. §. 444. Weimarsches Gesetz vom 30. Jun. 1825. §. 7.

29) Preuß. Criminalordn. §. 460.

30) Pufendorf Procell. criminal. cap. XVII. §. 14. Bauer §. 216. Tittmann §. 782. Mittermaier Anleitung. §. 129. Desselben Strafverfahren. Bd. II. §. 144. Stübel §. 2524.

31) Dieselben, und Hannov. Criminalinstruction. Cap. IX. §. 10.

32) Mittermaier Anleit. §. 129.

Ganz anders verhält sich dagegen die Sache, wenn der Angeschuldigte selbst sich vertheidigen zu wollen erklärt hat, und das ihm zur Last gelegte Verbrechen von der Art ist, daß derselbe, auf die Vertheidigung zu verzichten, im Allgemeinen befugt ist.

Bekanntlich steht es in der Willkür des Angeschuldigten, in allen solchen Fällen [33]), in welchen der untersuchende Richter nicht von Amts wegen verpflichtet ist, dem Angeschuldigten einen Vertheidiger auch wider dessen Willen beizuordnen, auf die Vertheidigung zu verzichten und sich der künftigen Strafe zu unterwerfen. Da es nun aber nicht bezweifelt werden kann, daß diese Verzichtleistung auf die Vertheidigung eben so gut stillschweigend (per facta concludentia) als ausdrücklich geschehen kann, so ist, falls der Angeschuldigte sich selbst vertheidigen zu wollen erklärt hat, und überhaupt hiezu die Fähigkeit besitzt, es auf der einen Seite völlig angemessen, ihm die Einbringung seiner Vertheidigung innerhalb der festgesetzten Frist, bei Strafe der Präclusion, aufzugeben, da dieses angedrohte Präjudiz nur mit andern Worten besagt, daß, falls er binnen jener Frist die Vertheidigungsschrift nicht einbringen werde, es so angesehen werden solle, als habe er auf die Vertheidigung stillschweigend verzichtet.

Auf der andern Seite aber rechtfertigt sich die Androhung dieses Präjudizes für den bemerkten Fall und unter den obigen Voraussetzungen dadurch, daß die sonst üblichen Rechtsnachtheile, durch welche der Richter bei-

---

55) Vgl. über dieselben Tittmann a. a. O. §. 776. Mittermaier Strafverfahren. Th. II. §. 145. Desselben Anleit. §. 4. v. Bülow u. Hagemann prakt. Erört. Bd. I. Nr. 29. Not. c.

geordnete Defensoren zur Thätigkeit anspornen kann, in diesem Falle, wo der Angeschuldigte sich selbst vertheidigen zu wollen erklärt hat, unpassend sind, indem man denselben weder durch Geld- noch durch Gefängnißstrafe, noch dadurch, daß er seine Atzungskosten aus eigener Tasche bezahlen, oder daß auf seine Kosten ein andrer Vertheidiger für ihn angeordnet werden solle, schicklicher Weise in den Fällen zur Anfertigung der eigenen Vertheidigungsschrift anhalten kann, und auch in den wenigsten Fällen, besonders bei Gefangenen oder Unvermögenden, solche Präjudize würden realisirt werden können.

XIV.

Revision der Lehre von dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit (crimen vis).

Von

Wächter.

(Schluß der Abhandlung im vorigen Hefte Nr. VII.)

III.

Ueber den Thatbestand des Verbrechens der Gewaltthätigkeit nach dem gemeinen, römisch-deutschen Rechte.

§. 21.

Thatbestand.

Die Quelle, aus welcher wir den Thatbestand des Verbrechens der Gewaltthätigkeit für das in Deutschland geltende gemeine Recht zu entnehmen haben, ist — zufolge der früheren Ausführung [1]) — das römische Recht. Nach diesem beruht das Wesen des Verbrechens der Gewaltthätigkeit darin, daß durch dasselbe auf eine widerrechtliche Weise einer Person für ihr Handeln oder Nichthandeln gleichsam ein fremder Wille aufgenöthigt, und dadurch die Freiheit des Willens und Entschlusses der

1) Oben Bd. XII. S. 581 f.

Person beschränkt oder aufgehoben wird [2]). Löst man es in seine einzelnen Bestandtheile auf, so sind diese folgende:

1) Das Object des Verbrechens kann nur eine Person seyn, welche unmittelbar oder mittelbar [3]) vergewaltigt wird, da durch das Verbrechen die Freiheit des Entschlusses einer Person beschränkt oder aufgehoben werden soll.

2) Die äußere Handlung, welche zum Verbrechen erfordert wird, ist eine widerrechtliche, positive Handlung, durch welche der Thäter eine Person wider ihren freien Willen zu einem Thun oder zu einem Unterlassen, oder zu einem Dulden zu bestimmen sucht.

Dies kann geschehen entweder durch unmittelbare Anwendung körperlicher Kräfte gegen die widerstrebende Person, oder dadurch, daß man durch Drohungen ihren Widerstand hebt [4]).

Dieser unmittelbaren Gewalt gegen die Person stellen die Gesetze gleich, wenn zwar die Handlung des Verbrechers zunächst gegen eine Sache gerichtet wird, derselbe aber auf eine solche Weise offenbar zu Werke geht, daß seine Absicht, zum Zwecke der Ausführung seines Vorhabens etwanigen Widerstand durch persönliche Gewalt auszuschließen, unzweifelhaft ist. Hier gilt die Person, deren Widerstand nöthigenfalls ausgeschlossen werden soll, eben so sehr für vergewaltigt, als wenn auf andere Weise unmittelbar durch Drohungen ihr Widerstand ausgeschlossen würde [5]).

---

2) S. die Ausführung im vorhergehenden Hefte §. 18 u. 20. und Bd. XI. S. 655 f.

3) Vgl. die folgende Note 5 u. 11.

4) Oben Bd. XI. S. 659. 5) Ebend. 640—647.

3) Der Thäter mußte die Absicht haben, die näher bezeichnete, widerrechtliche Gewalt auszuüben [6]).

Die durchaus herrschende Ansicht ist, daß auch Sachen Gegenstand des Verbrechens der Gewaltthätigkeit seyen. Die ältern Criminalisten, sowohl die Italiener von den Glossatoren an bis in das siebenzehnte Jahrhundert, als die Deutschen bis in die Mitte des letzten Jahrhunderts, äußern sich hierüber nicht genau, wie sie überhaupt über Begriff und Thatbestand des crimen vis beinahe nichts Genaueres geben. Sie glauben genug gethan zu haben, wenn sie den Unterschied zwischen vis publica und privata untersuchen — und dies thun sie meist so, daß sie sich die Arbeit dabei sehr leicht machen [7]) — sodann die einzelnen Fälle der vis publica und privata, meist blos mit den Worten der Quellen, aufzählen, und Einiges über die Strafe, aber auch sehr dürftig, sagen. Aus einzelnen Anführungen aber läßt sich schließen, daß sie das Verbrechen nicht so beschränkten, wie sie es nach den Gesetzen hätten beschränken sollen. Die Criminalisten des 18ten Jahrhunderts geben ebenfalls in der Regel keine genauere Darstellung des Thatbestandes des crimen vis, sondern begnügen sich mit der Angabe des Begriffs des Verbrechens — den sie aber meist so vag geben, daß wenig damit gewonnen wird [8]) — und fügen dann

6) Mein Lehrbuch Bd. II. S. 6. Not. 7. und die dort Angeführten.

7) Nur Wenige zeichnen sich hierin etwas aus, z. B. Tiber. Decianus tract. crim. Lib. VIII. cap. 1 — 17. Jac. Menochius de arbitrar. judic. quaestionib. Cas. 594. und Schilter praxis juris Rom. in foro Germ. Exerc. 49. §. 109 — 111.

8) Z. B. Koch inst. jur. crim. §. 592. „delictum, quo laeditur securitas publica per vim illicitam." Manche

einige Beispiele bei. Unter diesen führen sie dann auch Fälle bloßer Gewalt gegen Sachen, z. B. Verletzung des Galgens, öffentlicher Anschläge u. dgl. an. Klein [9]) ist wohl der Erste, welcher auf den Thatbestand des Verbrechens ein wenig näher eingeht, und hier Gewalt gegen Sachen besonders erwähnt. Er sagt in dieser Beziehung: „auch die bloße Veränderung des Orts und der Beschaffenheit einer Sache werde für Gewalt gehalten, in so fern dadurch zugleich das rechtliche Verhältniß der Sache oder der Person geändert werde." In den Lehr- und Handbüchern unsres Jahrhunderts werden durchgängig die Sachen im Gegensatze zu den Personen, als möglicher Gegenstand des Verbrechens angeführt, und dies so allgemein, daß jede eigenmächtige, rechtswidrige Behandlung von Sachen, wenigstens wenn sie in fremdem Gewahrsam sich befinden [10]), zum Verbrechen der Gewaltthätigkeit gehören müßten: eine Ansicht, durch welche freilich das Verbrechen ein sehr vages werden, und jeden bestimmten Charakter verlieren würde. Daß aber diese Ansicht nach unsern Quellen sich nicht rechtfertigen lassen dürfte, wurde früher zu zeigen versucht [11]).

---

geben nicht einmal einen Begriff von crimen vis überhaupt, sondern definiren nur die vis publica und die vis privata, und auch diese auf eine sehr ungenügende Weise; z. B. J. S. F. de Boehmer elem. jur. crim. Sect. II. §. 98. Püttmann elem. jur. crim. §. 181. Vgl. Not. 12.

9) Grundss. des peinl. R. 1796. (2te A. 1799.) §. 190.

10) Dieses beschränkende Merkmal, welches Martin beifügt, lassen noch dazu die Meisten weg.

11) S. Not. 5. Der von mir an dem in Not. 5. a. O. entwickelten Ansicht tritt nun bei Jul. Volkmann Lehrb. des im Königr. Sachsen geltenden Criminalr. Leipz. 1831. §. 66.

§. 22.

Wodurch unterſcheidet ſich das Verbrechen der Gewaltthätigkeit von andern Verbrechen?

In der neuern Zeit iſt es herrſchend geworden, das Verbrechen der Gewaltthätigkeit durch einen negativen Beiſatz von andern Verbrechen zu unterſcheiden und in ſeinem Umfange zu beſchränken. Bei den Aelteren vor Carpzov, Italiänern und Deutſchen, finde ich eine ſolche oder eine ähnliche Beſchränkung des Verbrechens nicht. Carpzov macht zwar eine Beſchränkung, aber nur bei der Strafe. Er ſagt: die Strafe ſey arbiträr, wenn das Verbrechen nicht in ein anderes öffentliches, mit dem Tode zu beſtrafendes Verbrechen übergehe [12]). Noch weiter geht Böhmer, aber auch nur bei der Strafe, indem er bemerkt: heut zu Tage ſey die Strafe arbiträr, ſoweit das Verbrechen weder in Landfriedensbruch, noch „aliud nominatum crimen" falle [13]). Eben ſo erwähnen die Späteren auf die gleiche Weiſe eines ſolchen beſchränkenden Beiſatzes blos bei der Strafe [14]). Dabei iſt aber zu beachten, daß dieſe Aelteren durch jenen beſchränkenden Beiſatz bei der Strafe beſonders benannte und geſetzlich ausgezeichnete Unterarten des crimen vis nicht ausſchließen wollen. So

12) Pract. rer. crim. Qu. 40. pr. 7. u. beſ. nr. 10.

13) Elem. jur. crim. ſect. II. §. 104. Zu beachten iſt aber hierbei, daß Böhmer nirgends ein beſonderes Verbrechen der Geſundheitsverletzung und der Sachbeſchädigung aufſtellt. Die gleiche Beſchränkung, wie ſie Böhmer macht, findet ſich ſchon bei Lauterbach coll. pandectar. XLVIII, 7. §. 2.

14) Z. B. Meiſter ſen. princ. jur. crim. §. 388. 389. 405. 418. Koch inſt. jur. crim. §. 592. Püttmann elem. jur. crim. §. 185.

rechnen namentlich Böhmer und Meister sen. [15]) zum crimen vis als Unterarten und behandeln in Stellung und Grundsätzen als solche den Landfriedensbruch, die Entführung und die Nothzucht, und eben so Koch die beiden letzteren Verbrechen. Erst bei Joh. Thadd. Müller und bei Paalzow finde ich dem Begriffe des Verbrechens selbst eine negative Beschränkung beigefügt [16]), und seit der ersten Ausgabe des Lehrbuchs von Feuerbach ist der negative Beisatz, wie ihn ungefähr Feuerbach macht, in alle spätere Systeme übergegangen. In meinem Lehrbuche äußerte ich hingegen Zweifel, und glaubte von der Ansicht ausgehen zu sollen, daß in allen Fällen, in welchen das römische Recht ein Verbrechen der Gewaltthätigkeit annimmt, auch bei uns ein solches vorhanden sey.

Indessen fand diese Ansicht Widerspruch, und es dürfte daher hier wohl der Ort seyn, genauer diese Frage zu prüfen, um so mehr, als ich in meinem Lehrbuche die Sphäre des Verbrechens noch nicht scharf genug bestimmte. Es wurde namentlich meiner Ansicht entgegengehalten, daß sie zu keinen bestimmten Begriffen führe [17]). Allein dieser Einwand dürfte wegfallen, wenn man das Verbrechen der Gewaltthätigkeit auf die Weise begränzt, wie, der frühern Ausführung zufolge, das römische Recht es thut, während er wohl gegründet

15) Princ. §. 892. 895.

16) Müller jus crim. Mannh. 1786. §. 149. u. Paalzow comp. jur. cr. 1789. §. 507. Der Erstere macht den Beisatz: „nec nomen ſpecificum habens," und der Letztere „in laeſionem quandam ſpecialem (?) non incidens." Uebrigens behandelt auch Paalzow als „ſpecies vis publicae" die Nothzucht und Entführung.

17) Bauer Lehrb. §. 265. Not. c.

ſeyn würde, wenn man das Verbrechen ſo definirt, wie es gewöhnlich geſchieht.

Wenn man nämlich mit Feuerbach behauptet, daß das Verbrechen der Gewaltthätigkeit nach römiſchem Rechte ſey „jede, öffentlich ſtrafbare, rechtswidrige Anwendung phyſiſcher oder pſychologiſcher Gewalt, ohne beſondere Beſtimmung des Zwecks der Mittel, des Gegenſtandes, des Erfolgs der Handlung," oder man es mit Bauer definirt durch „vorſätzliche, auf Verletzung Anderer abzweckende Anwendung rechtswidriger Gewalt"[18]): dann würde allerdings in gewiſſem Betrachte ein beſchränkender Beiſatz nöthig ſeyn. Jene Crimina-

18) Aehnlich allgemein, wie Feuerbach Lehrb. §. 599. u. Bauer Lehrb. §. 265. geben überhaupt die Neueren den Begriff; ſ. z. B. Klein Grundſſ. §. 190. Grolman Grundſſ. §. 230. Salchow Lehrb. §. 451. Dabelow Lehrb. §. 254. Genauer und ſchärfer iſt der Begriff, welchen Martin (Lehrb. 2te A. §. 186.) aufſtellt, indem er in ſeinem Begriffe Gewalt gegen Perſonen genau trennt von der Gewalt gegen Sachen, und die letzteren definirt durch „jede vorſätzliche, aber unbefugte, poſitive Behandlung einer in fremdem körperlichen Beſitze befindlichen Sache nach des Thäters Zwecken." — Die Aelteren fügten häufig ihrem Begriffe noch ein weiteres Merkmal bei, das der laeſio oder turbatio ſecuritatis publicae, ſo z. B. Boehmer, Koch u. Meiſter ſen. ll. citt. und unter den Neueren auch Meiſter jun. princ. jur. crim. §. 516. Einige wollen aber blos der vis publica eine directe Läſion dieſer Art zuſchreiben, und der vis privata eine indirecte, z. B. Püttmann elem. §. 181. Indeſſen beſtimmen ſie dieſe Läſion überhaupt gar nicht genauer, ſo daß mit dem ganzen Beiſatze nichts gewonnen wird. Auch würde man, wenn man ihn ſtreng nehmen wollte, durch ihn auf ein, mit der Anſicht der Quellen nicht harmonirendes, Reſultat kommen. Der Umſtand, daß durch das crimen vis die öffentliche Sicherheit meiſt auf eine ſehr gefährliche Weiſe verletzt wird, iſt nur einer der Gründe, aus welchem die Geſetze dieſes Verbrechen ſo ſehr verpönen.

listen, und beinahe alle Neueren, machen ihn dahin: daß jene rechtswidrige Gewalt bei uns nur dann das Verbrechen der Gewaltthätigkeit bilde, wenn sie nicht in ein anderes bestimmtes", oder in ein „für sich bestehendes, eigenes", oder in ein „besonders benanntes" Verbrechen übergehe [19]).

Allein es entsteht hier vor Allem die Frage, ob denn das römische Recht sein crimen vis in einem so weiten höchst vagen Umfange nimmt, und ob nicht vielmehr von denen, welche es behaupten, die vis injusta überhaupt mit der ganz besondern vis, welche zum crimen vis wesentlich ist, verwechselt wird.

Jede eigenmächtige Andeutung unsrer Kräfte, durch welche wir eine entgegenstehende Kraft unbefugter Weise zu überwinden suchen, jede Verletzung fremder Rechte durch eigenmächtig angewendete Uebermacht, ist rechtswidrige Gewalt, also auch, wenn Jemand eine, im fremden Besitze befindliche Sache vernichtet oder verdirbt. Eine solche Gewalt ist beinahe bei jeder Tödtung, bei jeder Gesundheitsverletzung, bei jeder Sachbeschädigung und bei vielen andern Verbrechen zur Ausführung nöthig. Diese Gewalt ist, wie der Betrug, eines der allgemeinen Mittel, Verbrechen irgend einer Art auszuführen. Sie aber für ein besonderes Verbrechen zu erklären, dies wäre allerdings sehr unpaßlich, beinahe so unpaßlich, als wenn man von einem Verbrechen des widerrechtlichen Unterlassens, des widerrechtlichen Schla-

19) Für eine solche negative Beschränkung wird von Manchen auch das römische Recht selbst als Auctorität angeführt; allein mit Unrecht, wie im §. 20. erwiesen seyn dürfte.

gens u. dgl. sprechen wollte. Das römische Recht aber enthält diese Unpaßlichkeit nicht, und erklärt nirgends die Anwendung einer solchen rechtswidrigen Gewalt überhaupt schon an sich für ein besonderes Verbrechen, für sein crimen vis, wie dies früher gezeigt wurde. Man kann daher das römische crimen vis nicht auf die vorhin angeführte weite Weise definiren, und wenn man auch der Definition — zur Beschränkung des vermeintlich römischen Begriffes — einen der angeführten negativen Beisätze geben wollte: so würde man doch noch Fälle durch das crimen vis umfassen, welche das römische Recht nie zu seinem crimen vis rechnete.

Faßt man dagegen das Verbrechen in dem, den Aussprüchen der Quellen gemäßen Sinne auf: so dürfte es ihm an einem festen Begriffe und eigenthümlichen Charakter, auch ohne Beifügung einer negativen Clausel, nicht fehlen. Hiernach bildet blos ein besonderer Fall der rechtswidrigen Gewaltanwendung nur die Gewalt, durch welche die persönliche Freiheit verletzt und dem Widerstrebenden ein fremder Wille als Norm aufgedrungen werden soll, also die Verletzung des Rechts auf persönliche Freiheit, auf Freiheit des Willens und Entschlusses, das römische crimen vis. Auf diese Weise erhält es einen bestimmten nächsten Zweck und einen bestimmten Gegenstand, wird in den Mitteln bestimmt — mehr noch als manche andere Verbrechen, die man nicht unter den vagen aufzählt — und eben so auch im nächsten Erfolge der Handlung. Das eigentlich Unbestimmte bei ihm ist der Endzweck des Thäters, dasjenige, was derselbe durch die Beschränkung der Freiheit der Person erreichen will. Worin dieses auch bestehen mag, das Verbrechen ist an sich immer crimen vis, da seine Natur

nur nicht erst durch einen besondern, auf andere Rechtsverletzungen gerichteten Zweck des Verbrechers, sondern durch jene Beeinträchtigung der Willensfreiheit sich bestimmt. Dieses Verbrechen aber noch weiter zu beschränken, hiefür dürfte weder in den deutschen Gesetzen, noch in der Natur der Sache ein Grund liegen.

Es kann zwar allerdings Fälle geben, in welchen die Verletzung des Rechts auf persönliche Freiheit blos das Mittel bildet, um eine andere verbrecherische Rechtsverletzung auszuführen. Hier wird man unterscheiden müssen: Liegt hier die ganze Rechtsverletzung blos in dem persönlichen Zwange, ist somit, sobald man sich das Merkmal dieses Zwanges hinwegdenkt, keine Rechtsverletzung mehr vorhanden, oder bildet die persönliche Gewalt einen wesentlichen Bestandtheil der ganzen Rechtsverletzung, wie sie *in concreto* vorliegt, so daß die bezweckte Rechtsverletzung gerade eben in der Ausführung und Beendigung der ganzen Gewaltthat besteht: so kann hier von einer Concurrenz mehrerer Verbrechen nicht die Rede seyn [80]). Es kann dann die Handlung entweder nur als Verbrechen der Gewaltthätigkeit oder als jenes dritte Verbrechen aufgefaßt und bestraft werden. Beim Accusationsprozesse würde hier der Ankläger die Wahl haben, welchen Weg er als den sicherern einschlagen wollte. Beim Inquisitionsprozesse dagegen hat der Rich-

80) Aehnliches kann auch bei andern Verbrechen vorkommen, bei denen Begriff viele unsrer Criminalisten keinen negativen Beisatz machen; z. B. ein Mädchen kommt auf freiem Felde nieder, und läßt dort ihr Kind hülflos liegen, in der Absicht, es dadurch zu tödten. Hier wird man nicht sagen, daß zwei Verbrechen concurriren, Aussetzung und Tödtung. Feuerbach Lehrb. §. 591 a. vgl. mit §. 589. (in der 9ten, 10ten u. 11ten Ausg.).

ter die Pflicht, die Strafbarkeit des Inquisiten vollständig und in ihrer höchsten Ausdehnung zu ermitteln, und hier müßte daher der Richter die Handlung nach dem strafbarsten Gesichtspunkte, so weit sich derselbe erweisen läßt, behandeln und bestrafen. Ein Beispiel hiefür dürfte eine durch persönliche Gewalt absichtlich bewirkte Tödtung, z. B. wenn Jemand einen Andern einsperrt, um ihn durch Hunger zu tödten, bilden, ferner persönliche Gewalt, durch welche ein Hochverrath ausgeführt werden soll. Ist hier die Tödtungsabsicht, die Hochverrathsabsicht erweisbar: so wird beim Inquisitionsprozesse der Richter das Verbrechen als Tödtung, als Hochverrath aufzufassen haben. Die Gewalt bildet hier blos einen Theil des Thatbestandes des schwerern Verbrechens, nicht aber ein von diesem schwerern Verbrechen getrenntes und für sich bestehendes zweites Verbrechen[21]). Läßt sich aber jene Absicht nicht erweisen: so hat der Richter das Verbrechen blos als crimen vis aufzufassen und zu bestrafen, weil hier dann die criminelle Gewalt es allein ist, welche in Betracht kommt, und das Wesen des vorliegenden Verbrechens bestimmt.

Anders ist es dagegen, wenn durch die widerrechtliche Beschränkung der Freiheit einer Person eine solche dritte Rechtsverletzung vorbereitet werden soll, welche auch im vorliegenden concreten Falle als besonderes Verbrechen, unabhängig von der Gewaltthätigkeit besteht, somit ein solches bleibt, wenn man sich auch das Merkmal der vorangegangenen persönlichen Gewalt hinweg-

21) In so fern führen die oben erwähnten beschränkenden Beisätze, welche Carpzov, Böhmer und andere Aeltere machen, zu Richtigem. Vgl. auch Meister sen. princ. jur. crim. §. 516.

denkt, und nicht blos die Ausführung und Beendigung der Gewaltthat findet, so daß beim Thäter zwei ganz verschiedene Verbrechensvorsätze vorhanden sind. Hier wird wohl eine Concurrenz zweier Verbrechen anzunehmen seyn. So z. B., wenn Jemand mit Gewalt in ein Haus einbricht, nachdem er die sich Widersetzenden überwältigt hat, und dann das Haus anzündet. Hier wird es wohl keiner weitern Ausführung bedürfen, daß die Handlung nicht blos als Verbrechen der Brandstiftung zu bestrafen ist, sondern daß crimen vis mit Brandstiftung concurrirt.

So dürfte es daher nicht nöthig seyn, dem Begriffe des Verbrechens der Gewaltthätigkeit eine negative Clausel beizufügen; man wird vielmehr unbedenklich dem in seinen criminalistischen Bestimmungen vielfach verkannten römischen Rechte hierin folgen können. Das Gleiche wird sich auch vom legislativen Gesichtspunkte aus rechtfertigen lassen. Gewissermaßen anerkannt finden wir dieses, um nur Eine wichtige Auctorität von diesem Standpunkte aus anzuführen, in dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für Hannover, in welchem man beim crimen vis und bei andern verwandten Verbrechen solche generelle negative Clauseln nicht findet. Subsumirt man gehörig die Arten unter ihre Gattung, und hebt dies auch durch die äußere Stellung heraus: so wird dadurch jeder Unsicherheit und allen Zweifeln begegnet werden. Man fügt ja auch diese Clauseln nicht in allen Fällen bei, wo sie, wenn man sie einmal bei andern Verbrechen macht, die Consequenz zu fordern scheint. So definirt z. B. Bauer die Tödtung durch „rechtswidrige Handlung, wodurch einem andern Menschen das Leben geraubt wird", ohne einen weitern

Beisatz zu machen, und doch rechnet er mit Recht die Tödtung des Regenten zum Hochverrathe. Ueberhaupt kann leicht mit diesen Beisätzen zu weit gegangen, und durch sie, statt größere Bestimmtheit herbeizuführen, gerade so sehr Schwanken und Unbestimmtheit erzeugt werden, daß man am Ende zu Unauflöslichkeiten kommt. Irre ich nicht, so dürfte dies namentlich der Fall seyn bei den negativen Clauseln, die sich in dem so verdienstlichen Lehrbuche von Bauer finden. Es ist hier den Definitionen des Verbrechens der Gesundheitsverletzung, der Verbrechens wider die persönliche Freiheit, der Verbrechen der Einsperrung, des Menschenraubes, der Gewaltthätigkeit und der Beschädigung fremder Sachen, der Beisatz zugefügt: „in so fern die Handlung nicht in ein bestimmtes anderes Verbrechen übergeht", (oder: nicht ein bestimmtes anderes Verbrechen enthält, oder nicht die Natur eines bestimmten andern Verbrechens annimmt). In welchem Verhältnisse stehen nun aber hier diese negativen Beisätze zu einander? Namentlich, in welches Verhältniß kommt dadurch zu den genannten Verbrechen das crimen vis, welches Bauer auch zu den „bestimmten andern Verbrechen" zählt (s. dess. Lehrb. §. 263. not. c.)? Liegt eine Handlung vor, welche, abgesehen von der negativen Clausel, unter mehrere der genannten Verbrechen fallen würde, unter welches ist sie nun zu subsumiren? Wird hier nicht durch die negative Clausel die Handlung von dem einen Verbrechen in das andere hinübergeschoben, aber durch die negative Clausel, die auch dieses andere Verbrechen an sich trägt, wieder zurück in das erstere Verbrechen geschoben, so daß man nicht weiß, wohin man nun die Handlung stellen soll?

Daß es solche Fälle geben kann, bei welchen Unauflöslichkeiten dieser Art entstehen müßten, dürfte sich wohl zeigen lassen, wenn es hier nicht der Raum verbieten würde.

§. 23.

Von den gesetzlich ausgezeichneten Arten des Verbrechens der Gewaltthätigkeit.

Die Carolina schweigt, wie schon oben §. 8. bemerkt wurde, von dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit überhaupt. Sie handelt blos von einzelnen Fällen, welche das römische Recht zum crimen vis zählt, und belegt dieselben, zum Theil unter besonderen Namen, mit besonderen Strafen. Hier ist nun in neuerer Zeit die Behauptung wieder häufig, daß diese, von der Carolina berührten Fälle bei uns nicht mehr zum Verbrechen der Gewaltthätigkeit gehören, sondern besondere, für sich bestehende, zu jenem Verbrechen nicht einmal als Arten zu stellende, Verbrechen bilden. Auch gegen diese Ansicht glaubte ich in meinem Lehrbuche Zweifel anführen zu müssen, indem ich der Ansicht war, daß, wenn ein Gesetz einzelne Fälle der Verbrechensgattung mit besonderen Strafbestimmungen, und etwa auch mit besonderen Namen hervorhebe, dadurch diese Fälle nicht aufhören, Fälle der Verbrechensgattung, Arten derselben zu seyn, und daß schon der innere Zusammenhang es erfordere, sie zu der Gattung als gesetzlich ausgezeichnete Arten derselben im Systeme zu stellen. Diese Ansicht ist keine neue. Sie findet sich schon bei den meisten Aelteren, besonders bei den meisten Systematikern des 18ten Jahrhunderts, und bei manchen Neueren. So bekannten sich namentlich zu ihr Böhmer, der ältere

Meister, Koch, Paalzow [22]), Klein [23]), Grolman, Henke und gewissermaßen auch Rossbirt [24]). Nur über die Frage, welche Fälle auf diese Weise Arten des Verbrechens der Gewaltthätigkeit bilden, besteht unter den Angeführten zum Theil Meinungsverschiedenheit, eine Frage, die aber hier nicht näher zu berühren ist, da es bei unsrer vorliegenden Untersuchung blos auf das Princip ankommt. Indessen ist gerade dieses Princip in neuerer Zeit wieder mehrfach angegriffen worden, und es sey mir daher erlaubt, noch Folgendes zu seiner Begründung anzuführen.

Es lassen sich natürlich einzelne Fälle des Verbrechens der Gewaltthätigkeit nach ihrem Erfolge, nach ihrer nächsten Richtung und nach dem Endzwecke des Verbrechens besonders bezeichnen und benennen. So kann man diejenige Gewaltthat, wodurch eine Person ihrer Freiheit mittelst Einschließung in einen Ort auf einige Zeit beraubt wird, Einsperrung nennen; man kann diejenige Gewaltthat, wodurch die weibliche Ehre mittelst Erzwingung des Beischlafs verletzt wird, durch Nothzucht bezeichnen, derjenigen, durch welche Jemand wirklich oder vermeintlich zustehende Rechte realisiren will, den Namen Selbsthülfe geben u. s. w. Dadurch aber, daß man auf diese Weise einzelnen Fäl-

22) S. Not. 15—16. So führt auch Lauterbach Coll. Pandect. XLVIII, 6. §. 7. als „species criminis vis, quae nostris moribus certam et definitam habent poenam" den Landfriedensbruch und die Entführung an.

23) Als Unterarten rechnet er zum Verbrechen der Gewaltthätigkeit namentlich: Concussion, Selbsthülfe, Menschenraub, Entführung und Nothzucht.

24) Lehrbuch §. 141.

len des Verbrechens besondere Namen geben kann oder giebt, hören sie natürlich nicht auf, Fälle jenes Verbrechens zu seyn. Dies versteht sich von selbst, und wird auch bei andern Verbrechen allgemein zugegeben. Sollten daher auch die Gesetze einzelne Fälle jenes Verbrechens mit besonderen Namen bezeichnen: so bleiben diese Fälle doch immerhin Fälle und Arten des Verbrechens der Gewaltthätigkeit, und die einzige Folge solcher Benennungen wäre nur, daß man nun zwischen vis nominata und innominata unterscheiden könnte.

Es kann aber auch seyn, daß die Gesetze für einen einzelnen Fall des Verbrechens der Gewaltthätigkeit — sey es nun, daß sie ihm einen besondern Namen geben, oder nicht — besondere Strafen festsetzen, und somit die allgemeinen Strafbestimmungen, die sie über crimen vis überhaupt geben, auf ihn nicht anwenden. Dies thut namentlich, wie im vorigen Hefte gezeigt wurde, das römische Recht vielfach. Soll dadurch nur dieser Fall aufhören, zum Verbrechen der Gewaltthätigkeit zu gehören? Durch die Strafbestimmung wird ja seine Natur, sein wesentlicher Thatbestand und sein innerer Zusammenhang mit der Gattung, zu der er nach allen seinen Merkmalen als Art gehört, nicht geändert. Er behält alle Requisite und den ganzen Thatbestand des Verbrechens der Gewaltthätigkeit. Nur bekommt dieser Thatbestand bei ihm eine besondere Richtung auf einen gewissen Punkt, was aber blos eine natürliche Folge davon ist, daß hier von einem einzelnen Falle des Verbrechens die Rede ist. So wenig die Bezeichnung des Falles durch einen besondern Namen bewirken könnte, daß er nun nicht mehr crimen vis ist, so wenig kann es die besondere Strafbestimmung. Er

würde dadurch blos ein gesetzlich ausgezeichneter Fall des Verbrechens der Gewaltthätigkeit.

Bei anderen Verbrechen wird dies allgemein zugestanden. Warum soll es nicht auch bei dem vorliegenden Verbrechen geschehen? So gut man Verwandtenmord, Giftmord, Kindesmord immer noch als Unterarten des Mordes behandelt, so gut man Kirchendiebstahl, gefährlichen Diebstahl u. s. w. zum Diebstahle als Unterarten stellt: eben so muß man auch solche ausgezeichnete Fälle der Gewaltthätigkeit noch zum Verbrechen der Gewaltthätigkeit als Unterarten stellen.

— Doch — möchte man hiegegen einwenden — das Verhältniß sey hier ein anderes, als dort. Das crimen vis sey ein schwankendes, unbestimmtes Verbrechen. Jede rechtswidrige Anwendung von Gewalt, ohne Rücksicht auf Gegenstand, Mittel, Zweck und Erfolg sey crimen vis. Hebe man einen besondern Fall, z. B. Nothzucht, heraus, und belege ihn mit besonderen Strafen; so finde sich bei diesem Falle die schwankende Natur des crimen vis nicht mehr; er könne also auch nicht mehr zum crimen vis gehören.

Allein gegen einen solchen Einwand dürfte Doppeltes sich bemerken lassen. Einestheils ist wohl — der obigen Ausführung zufolge — das crimen vis keineswegs so schwankend, wie es nach der gewöhnlichen Ansicht seyn soll. Allerdings bleibt aber immerhin, wenn man es auch so begrenzt, wie ich glaube daß es begrenzt werden muß, einiges Schwanken oder einiges Unbestimmte in dem Verbrechen übrig. Die Personen z. B., gegen welche Gewalt geübt wird, sind nicht bestimmt, der Endzweck des Verbrechers ist unbestimmt. Allein — und dies dürfte der zweite Grund gegen jenen

Einerund seyn. — auf eine ähnliche Weise ist beinahe jedes Verbrechen mehr oder weniger schwankend, und doch unterscheidet man bei andern Verbrechen Arten, bei denen dieses Schwanken der Gattung mehr oder minder ausgeschlossen ist, ohne nun zu behaupten, daß jene Arten jetzt ganz besonders, nicht mehr unter ihre Gattung gehörige Verbrechen bilden. So ist z. B. der Mord in Beziehung auf Personen und Mittel nicht bestimmt, also hierin schwankend. Bei dem durch besondere Strafbestimmungen ausgezeichneten Verwandtenmorde und Giftmorde wird aber, hier das Mittel, dort die Person, fixirt, und doch findet man mit Recht hierin keinen Grund, sie nicht mehr als Arten des Mordes zu behandeln. Aehnliches ist der Fall beim Diebstahle, und die Konsequenz fordert nun auch das Gleiche bei dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit. Wenn z. B. das Gesetz eine Gewaltthätigkeit von 10 vereinigten Personen, durch welche die Obrigkeit als solche gezwungen, also zur Vornahme oder zur Zurücknahme einer amtlichen Handlung genöthigt werden sollte, Aufruhr nennen und mit besonders harten Strafen belegen würde, warum sollen wir nicht mit eben dem Rechte diesen Fall eine Art des Verbrechens der Gewaltthätigkeit nennen, und als solchen behandeln? Denn der Umstand, daß bei der Benennung dieses Falles der Name der Gattung nicht, wie es bei jenen Morden geschieht, wiederholt wird, kann natürlich nichts entscheiden. Es ist hier (beim Aufruhr) auch blos das Mittel und die verletzte Person näher fixirt, als es bei der Gattung der Fall ist, also die Art nur näher bestimmt, eine nähere Bestimmung aber, welche immer vorkommen muß, sobald von einer Art, im Gegensatze zur Gattung, die Rede ist.

Wollte man aber auch die Beispiele von Mord und Diebstahl nicht gelten lassen, weil das Verbrechen der Gewaltthätigkeit in Beziehung auf den Erfolg nicht so fixirt sey, wie jene Verbrechen es sind: so nehme man das Beispiel des Verbrechens der Fälschung. Dieses Verbrechen wird, gerade wie das crimen vis, von denjenigen, welche die Eintheilung der Verbrechen in vage und nicht vage vertheidigen und in ihren Systemen befolgen, meist zu den vagen Verbrechen gestellt [25]), und jedenfalls ist es in seinem Erfolge und in seiner Wirkung nicht minder vag, als es das Verbrechen der Gewaltthätigkeit ist. Nun heben aber unsre Gesetze einzelne Fälle der Fälschung besonders heraus, und zeichnen sie von der Gattung durch eigenthümliche Strafbestimmungen aus, wie z. B. die Grenzfälschung, die Calumnie, den Meineid. Diese Fälle haben natürlich, eben weil sie Arten der Gattung sind, nicht mehr die schwankende Natur, welche die Gattung hat. Sie bilden Verbrechen, welche in ihrem Erfolge theils durchaus fixirt sind, wie die Grenzverrückung, theils es wenigstens weit mehr sind, als die Gattung überhaupt. Und doch trennen diejenigen Criminalisten, welche vom crimen vis die gesetzlich ausgezeichneten Fälle der vis ganz scheiden, und nicht als Unterarten des crimen vis behandeln, sondern aus ihnen ganz eigenthümliche Verbrechen bilden wollen, alle diese trennen doch jene gesetzlich ausgezeichneten Arten des Verbrechens der Fälschung nicht von diesem Verbrechen, sondern stellen

25) S. mein Lehrbuch Bd. II. Vorr. S. XI. Manche, z. B. Exolman, stellen sogar das Verbrechen der Fälschung zu den vagen Verbrechen, während sie das crimen vis nicht zu denselben zählen.

sie zu demselben als Arten der Fälschung. Dies auch mit Recht, weil diese Fälle durch die besonderen, für sie gegebenen Strafbestimmungen und durch ihre besonderen Namen nicht aufhören, Verbrechen der Fälschung zu seyn, und ihrem ganzen Thatbestande nach nichts anderes, als Fälle dieses Verbrechens bilden. Aus demselben Grunde aber, aus welchem man bei dem s. g. schwankenden Verbrechen der Fälschung einzelne (nicht mehr schwankende), von den Gesetzen besonders benannte und nach besondern Principien behandelte Fälle der Fälschung immer noch als Arten dieses Verbrechens bezeichnet und behandelt, muß man auf die gleiche Weise bei dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit mit den einzelnen, gesetzlich ausgezeichneten Gewaltthätigkeiten verfahren.

Nach dieser Ansicht stellte ich in meinem Lehrbuche zum Verbrechen der Gewaltthätigkeit als Arten desselben nicht blos Landfriedensbruch, Landzwang, Conceussion und gewaltsame Störung des Gottesdienstes, sondern auch noch Nothzucht, Entführung, Menschenraub und Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit. Hier wendet nun Bauer [26]) ein: „Es könne hier (bei den „besonderen Arten der Gewaltthätigkeit") nur von Arten des Verbrechens der Gewaltthätigkeit, nicht aber auch von solchen Verbrechen die Rede seyn, wobei die Gewalt nur als eine Begehungsart derselben vorkomme, welche aber die Natur eigenthümlicher Verbrechen haben". Dieses scheine ich ihm zu verwechseln, indem ich die vier zuletzt genannten Verbrechen als bloße Unterarten des Verbrechens der Gewaltthätigkeit abhandle.

26) Lehrbuch §. 269. Not. a.

Dem Princip, das meiner Ansicht zu Grunde liegt, scheint hier Bauer nicht zu widerstreiten, sondern nur über die Frage, welche einzelne Fälle als Arten des Verbrechens zu behandeln seyen, zum Theil anderer Meinung zu seyn. Denn, wie ich, führt derselbe als „besondere Arten der Gewaltthätigkeit" die vier genannten Verbrechen auf. Wenn ich aber noch mehrere Fälle hieher zählte: so glaube ich dadurch gegen den Grundsatz, nach welchem auch Bauer jene eben angeführten Fälle hieher rechnet, nicht zu verstoßen.

Giebt man, wie Bauer, zu, daß die Fälle des crimen vis, welche unter besonderen Strafbestimmungen stehen, im Systeme als Arten dieses Verbrechens zu stellen und zu behandeln sind: so kann man im Gegensatze hievon unter Verbrechen, „wobei die Gewalt nur als Begehungsart vorkommt, welche aber die Natur eigenthümlicher Verbrechen haben", blos solche verstehen, die in ihrem Thatbestande sich vom crimen vis wesentlich unterscheiden, deren Wesen nicht auf demselben Grunde beruht, wie das crimen vis, und welche nicht blos durch criminelle vis, sondern auch noch auf andre Art und Weise begangen werden können, wie z. B. Tödtung und Hochverrath. Ein Verbrechen dagegen, welches, wie z. B. die Nothzucht, lediglich in nichts anderem besteht, als in Ausübung der zum crimen vis wesentlichen criminellen Gewalt, dessen criminneller Charakter einzig und allein in dieser Gewalt (in einer speciellen Richtung ausgeübt) beruht, das völlig den Thatbestand des crimen vis hat, und sich von dieser Gattung blos durch speciellere Richtung unterscheidet — ein solches Verbrechen kann man doch unmöglich im Gegensatze zum crimen vis ein Verbre-

chen nennen, das die Natur eines eigenthümlichen Verbrechens habe, noch kann man von ihm sagen, daß bei ihm „die Gewalt blos als eine Begehungsart vorkommt.“ „Denn andere Arten es zu begehen, als durch criminelle Gewalt, giebt es bei ihm nicht. Worin soll denn hier die eigenthümliche Natur eines solchen Verbrechens im Gegensatze zum crimen vis liegen? Warum soll es nicht gerade eben so Art des crimen vis seyn, als die gewaltsame Störung eines Gottesdienstes und die Conussion? Von welchem Umstande hängt es denn ab, daß diese letztern Verbrechen Arten des crimen vis sind?

Sollte dasjenige, was hier über Begriff und Thatbestand des Verbrechens der Gewaltthätigkeit ausgeführt wurde, richtig seyn: so wird es sich auch nicht rechtfertigen lassen, außer dem crimen vis noch von einer besondern Klasse von Verbrechen wider die persönliche Freiheit zu sprechen, wie dies viele Neuere, z. B. Feuerbach, Salchow, Henke, und nun auch wieder Bauer, thun, indem sie unter diese Klasse namentlich Nothzucht, Entführung und Plagium stellen [47]).

47) Bauer (Lehrb. §. 187.) rechnet dazu noch Klitmann's und Henke's Vorgang auch noch das Verbrechen „der Gefangenhaltung.“ Allein ein solches besonderes Verbrechen giebt es weder nach unsern Gesetzen, noch nach der Praxis. Dies giebt auch Bauer im Ganzen zu. Er beruft sich aber „auf die Strafwürdigkeit der Handlung an sich, verbunden mit der Analogie des crimen vis und des Menschenraubes“, welche die Gefangenhaltung als Verbrechen betrachten lassen. — Allein um diese Handlung als Verbrechen zu behandeln, hiezu bedarf es nicht erst einer Analogie. Sie fällt ja geradezu unter die Strafgesetze über vis, und wird noch dazu von diesen ausdrücklich als Fall des crimen vis aufgeführt D. XLVIII, 6. de vi publ. l. 5. pr. C. IX, 12. e. t. const. 5. Nur ist sie kein eigenthümliches Verbrechen, sondern ein bloßes, gesetzlich nicht ausgezeichnetes Beispiel des crimen vis.

Denn das crimen vis ist ja nichts anderes, als das Verbrechen wider die persönliche Freiheit. Wollte man selbst nicht zugeben, daß Nothzucht, Entführung und Plagium zum crimen vis gehören: so müßte man doch jedenfalls das crimen vis als einen Hauptfall der Verbrechen wider die persönliche Freiheit unter dieser Rubrik mit aufführen.

§. 24.

Consummation des Verbrechens der Gewaltthätigkeit.

Unsre Schriftsteller lassen sich auf die Frage, was zur Consummation des crimen vis gehört, in der Regel gar nicht ein, und die Wenigen, die sie berühren, äußern sich darüber blos ganz im Allgemeinen, z. B. dahin: „mit Beendigung der gewaltthätigen Handlung ist das Verbrechen vollendet." [28])

Im Ganzen genügt eine solche allgemeine Bestimmung, wenn sie nur richtig verstanden wird. Da das Verbrechen blos in irgend einer Nöthigung einer Person zu einem Dulden, Unterlassen oder Thun besteht, und da es hiebei weder auf den Endzweck des Verbrechers, noch auf einen bestimmten anderweiten Erfolg ankommt: so ist das Verbrechen allerdings vollendet, sobald jener Zwang ausgeübt ist, sollte auch dadurch der Erfolg nicht erreicht seyn, welchen der Verbrecher herbeiführen wollte. Wer z. B. Jemanden zwei Tage lang einsperren will, hat das crimen vis consummirt, sollte auch der Eingesperrte schon nach einer Stunde befreit werden. Nur auf den Grad der Strafe kann die Dauer und der Erfolg der Gewaltthätigkeit von Einfluß seyn. Es

28) So Bauer Lehrb. §. 266.

ist hier ähnlich, wie, wenigstens nach der bestimmtesten Praxis, bei dem Verbrechen der Brandstiftung. Consummirt ist dasselbe, sobald eine eigentliche Feuersbrunst erzeugt ist, ja nach der Ansicht Vieler, sobald nur die anzuzündende Sache Flamme gefangen hat. Dabei wird aber noch bedeutende Rücksicht auf die Größe des Schadens genommen, der durch den Brand erzeugt wurde, wenn der Grad der Strafe für die consummirte Brandstiftung bestimmt werden soll.

Hebt aber das Gesetz eine bestimmte einzelne Richtung der Gewaltthätigkeit besonders heraus, und stellt sie unter besondere Strafbestimmungen, dann gehört zur Consummation dieser Unterart des Verbrechens, daß der Thäter so zu sagen diese Richtung wirklich vollführe, daß also seine Handlung den Erfolg herbeiführte, welcher in der besondern vom Gesetze näher bezeichneten Richtung dieses einzelnen Falles begriffen ist. So gehört daher z. B. zur Consummation der Concussion, daß der Thäter den beabsichtigten Vortheil wirklich erlangt hat [29]; und zur Consummation der Nothzucht, daß die Handlung, durch welche die Verletzte ihrer weiblichen Ehre beraubt wird, wirklich verübt worden ist.

IV.

Ueber die Strafe des Verbrechens der Gewaltthätigkeit nach gemeinem deutschen Rechte.

§. 25.

Gesetzliche Strafe. Praxis.

Da die Carolina von dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit im Allgemeinen nicht handelt: so sind wir in

29) Feuerbach Lehrb. §. 430.

Betreff der Strafe des Verbrechens, was das Gesetz betrifft, auch wieder ganz an das römische Recht gewiesen.

Ueber die Strafbestimmungen desselben, so wie über die Momente, welche auf die Strafe von Einfluß sind, die vis publica und privata, kam das Nähere schon in dem vorangehenden Hefte dieses Archivs vor. Es bleibt daher hier nur noch übrig, von der Anwendbarkeit der dort entwickelten Strafbestimmungen des neuen römischen Rechts zu sprechen.

Wiewohl das römische Recht sowohl bei der vis publica, als bei der vis privata für die Regel eine absolut bestimmte Strafe ausspricht: so nahm doch die deutsche Praxis von jeher an, daß die Strafe des crimen vis bei uns arbiträr sey; nicht, wie in der neuern Zeit Manche glaubten, wegen der Schwierigkeit, die Fälle der vis publica mit Sicherheit zu eruiren, sondern aus andern Gründen.

Die regelmäßige Strafe der vis publica — Deportation auf eine Insel (lebenslänglich und mit Verlust des Bürgerrechts und des Vermögens) — mußte sich schon darum bei den meisten kleinen italienischen Staaten des Mittelalters, deren Juristen und Praxis bekanntlich von dem größten Einflusse auf die deutsche Praxis waren, ließ sich aber diese Strafe nicht anwenden: so war es leicht vorauszusehen, daß ihr die Juristen und die Praxis nicht eine feste, regelmäßige Strafe für alle Fälle der vis publica substituiren würden. Es läßt sich nicht verkennen, daß es sehr unpassend ist, für alle Fälle der vis publica eine und dieselbe Strafe festzusetzen. Hier glaubten nun Criminalisten und Praxis eine gute Gelegenheit zu haben, ihre eigene Ansicht über

Straf-

Strafbarkeit des Falles an die Stelle der gesetzlichen unter scheinbaren Vorwänden zu setzen. Die Strafe des Gesetzes war unanwendbar; also — folgerte man schnell — ist die Strafe arbiträr, und somit bleibt es dem Richter anheimgestellt, eine nach seiner Ansicht dem einzelnen Falle angemessene Strafe zu erkennen, und wie schon die römische Praxis unter und nach Constantin sich gegen die harten Constantinischen Verordnungen über vis sträubte, und sie ins Gelinde zog (§. 20.): so that nun die mittelaltrige italienische und die deutsche Praxis dasselbe mit Justinians Bestimmungen. Freilich war jener Schluß gar nicht folgerecht; denn ist die Strafe des Gesetzes aus dem Grunde unanwendbar, weil bei uns das verhängte Strafmittel nicht mehr besteht, oder sich nicht durchführen läßt: so müßte eine ihm an Größe möglichst gleiche andere Strafe an seine Stelle gesetzt werden. Außerdem folgte aus der Unanwendbarkeit der Strafe der vis publica nicht auch eine Unanwendbarkeit der für die vis privata bestimmten Strafe — der Confiscation des dritten Theils des Vermögens und der Infamie. Diese gesetzliche Strafe ließ sich ja durchaus anwenden.

Allein es bewährte sich eben auch hier eine Erfahrung, welche sich in der Geschichte der Criminalpraxis in so vielen Lehren wiederholt. Hielten einmal Theoretiker und Praktiker eine Strafsanction für unpassend: so unterlagen sie häufig der Versuchung, ihrer Ansicht gegen die des Gesetzgebers Bahn zu brechen, und sich bei dem Gedanken zu beruhigen, daß hier das freie Ermessen des Richters der Gerechtigkeit und dem Gemeinwesen zuträglicher seyn werde, als das starre Gesetz.

Das juristische Gewissen ließ sich dann leicht mit einem, wenn auch nicht ganz passenden, Argumente beschwichtigen, sobald es nur der Sache einen juristischen Schein gab [80]). Das scheinbare Argument, das Ansehen dessen, der es vorbrachte, und die eigene Neigung zum freien Ermessen blendeten Andere. So trat man der Auctorität bei, und wenn je der Eine oder der Andere sich nicht blenden ließ: so war schon eine „Praxis" und eine „communis opinio" da, gegen deren gewaltiges Ansehen er dann nichts mehr ausrichten konnte. Nur auf die Größe der arbiträren Strafe wirkte in den verschiedenen Zeiten die zu denselben herrschende Neigung zur Strenge oder zur Milde ein.

Daß dies der Gang in dieser Lehre war, dürfte sich aus dem Folgenden ergeben.

§. 26.

Kurze Geschichte der Ansichten über Bestrafung des crimen vis.

Der Satz, daß die Strafe des crimen vis bei uns arbiträr sey, bildet einen der ältesten der deutschen Criminalpraxis. Ja man wird sagen können, er ist so alt, als überhaupt die Anwendung des römischen Rechts in Deutschland. Er kam, wie so Vieles in unserer Criminalpraxis, zuerst durch die Auctorität der italienischen Criminalisten zu uns herüber.

Bei diesen gründete sich die Verwandlung der gesetzlich bestimmten Strafe der vis in eine arbiträre zu-

80): Beispiele für diese Verfahrungsart geben außer dem crimen vis noch viele Verbrechen. Man vergleiche nur, um Eins anzuführen, die Auslegungen des Art. 111. der Carolina. S. mein Lehrbuch Bd. II. S. 249—251.

nächst auf die allgemeinere Frage, welche Strafe überhaupt — nicht blos beim crimen vis — der unanwendbaren Deportation zu substituiren sey. Darüber war man einig, daß die Deportation nicht in usu sey. Denn, wiewohl es einige Staaten gab, in welchen sie vorkommen konnte und vorkam [31]): so bildete sie doch selbst in diesen eine Ausnahme, und kam in ihnen auch um deßwillen nur beschränkt vor, weil man sich an den Grundsatz hielt, daß nur das Gericht deportiren könne, welchem ausdrücklich eine Insel angewiesen sey [32]).

Welche Strafe sollte aber nun an die Stelle der unanwendbaren Deportation treten? Einige meinten Todesstrafe. Allein diese Ansicht fand mit Recht nur wenige Anhänger. Näher lag der Gedanke an ewige Landesverweisung. Dies nahmen auch Manche an [33]).

---

31) Dies bezeugt z. B. von Neapel Grammaticus in seinen Consilien und Voten, und von Venedig Mantua; s. auch Lud. Carerius pract. crim. §. circa ult. nr. 121. (fol. 155 b. ed. Venet. 1556.) Selbst aber auch Grammaticus (z. B. Vot. crim. XIX. p. 232. ed. Lugd. 1566.) giebt als Regel an, daß die Deportation nicht gebräuchlich sey, und an ihre Stelle das bannimentum trete, unter Berufung auf D. IV, 5. de capt. min. l. 5., auf die Glosse, und Bartolus und Baldus. Dabei sagt er nicht einmal, daß das bannimentum ein perpetuum seyn müsse.

32) Clarus erzählt (Sentent. Lib. V. §. fin. qu. 67. nr. 8. p. 329. ed. Francof. 1576): auf diese Weise sey einmal zu seiner Zeit ein angesehener Mann wegen eines schweren Verbrechens der verdienten Deportation entgangen, „quia scilicet senatus noster non habet Insulam.“

33) S. z. B. die bei Clarus l. c. Angeführten. Dieser Ansicht war namentlich Carerius pract. crim. §. observare curabis. nr. 104. (p. 19 b. ed. cit.). Er sagt: die Strafe der vis publica sey Deportation und Vermögensconfiscation. Die letztere aber falle weg nach der

Allein dieſer Anſicht ſtand entgegen, daß die italieniſchen Juriſten ſich nicht darüber vereinigen konnten, wie ſie die Landesverweiſung ihrer Zeit — poena banni oder bannimentum — mit der römiſchen Deportation und Relegation vergleichen ſollten. Hierüber waren die Anſichten ſo verſchieden [34]), daß Clarus ſagt, man könne kaum herausfinden, was die communis opinio ſey, und welcher Anſicht man folgen ſolle. Er ſelbſt, geſteht er, habe ſeine Meinung über dieſen Punkt ſehr oft geändert; jetzt aber glaube er, daß der bannitus ſeiner Zeit ſich in keiner Weiſe weder mit dem deportatus, noch mit dem relegatus vergleichen laſſe, ſondern eine dritte, für ſich beſtehende, Species von Strafleiden bilde. So kam man dann, theils weil ſich die Deportation mit keiner der gebräuchlichen Strafarten vergleichen laſſe, theils weil die Anſichten über eine ſolche Vergleichung ſo verſchieden waren, freilich durch einen großen Sprung zu der Anſicht, daß der Richter in den Fällen, für welche das römiſche Recht Deportation verhänge, nach der Natur des Vergehens eine arbiträre Strafe zu erkennen habe. Dies führt nicht erſt Clarus [35]) als ſeine und als die herrſchende Anſicht an, ſondern auch ſchon weit Aeltere bekannten ſich zu derſel-

Auth. bona damn. C. de bon. damn. (freilich falſch) und ſo „remanet ſola deportationis poena, quae hodie non eſt in uſu, ſed perpetuo bannitur. Er beruft ſich dabei auf die Gloſſe und auf die l. 5. not. 51 cit.

34) Ueber dieſes Schwanken ſ. ſchon Albertus de Gandino libell. de maleficiis, Rubr. de bannitis, nr. 4.

35) Er ſagt l. c.: Ego credo, quod loco deportationis hodie poſſit judex imponere poenam juxta qualitatem facti et perſonae, prout ſibi convenire videbitur, ſcil. vel triremium in perpetuum vel ad tempus, vel exilii vel hujusmodi ſecundum gravitatem delicti . . . et ita videmus obſervari.

ben [36]), und selbst die Glosse [37]) konnte ihr gewissermaßen zur Auctorität dienen.

Aus dieser Ansicht folgte somit von selbst, daß die Strafe der vis *publica* arbiträr seyn müsse. Freilich ergab sich aus ihr nicht das Gleiche der Strafe der vis privata. Allein es scheint eben, daß, da einmal die Strafe des ausgedehntesten und wichtigsten Falles der vis dem richterlichen Ermessen vindicirt war, man um so weniger Anstand fand, das Gleiche nun auch vom minder wichtigen Falle anzunehmen [38]), und so konnte daher Clarus [39]) ganz allgemein sagen: „vis publica

---

56) Z. B. schon Albertus de Gandino, der in den ersten Jahren des 14ten Jahrhunderts starb. Er sagt beim Falsum (libell. de malef. Rubr. de falsar. nr. 5.): Da die Deportation außer Gebrauch sey: so müsse man die Strafe des Falsum bestimmen secundum formam statutorum, und schweige das Statut: so habe der Richter die Strafe nach seinem Ermessen festzusetzen. Ueber die Wichtigkeit dieses Schriftstellers für die Ansichten seiner Zeit und der Zeit vor ihm vgl. Biener Beiträge zur Gesch. des Inquis.-Proz. S. 95 f. und v. Savigny Gesch. des röm. R. im Mittelalter Bd. V. S. 495.

57) Ad J. l. 2. quib. mod. patr. pot. solv. §. 2.

58) Dies deutet auch Tib. Decianus († 1581), einer der vergleichungsweise besten unter den ältern ital. Criminalisten, an. Er sagt nämlich (tract. crim. Lib. VIII. cap. 18. nr. 19) unter Berufung auf viele ältere Consilienverfasser: hodie vero usus et praxis obtinuit, ut pro vi publica *et privata* extraordinarie et poena arbitraria puniantur, *et est ratio*, quia hodie poena deportationis non est in usu; ideo succedit poena arbitraria.

59) Sentent. Lib. V. §. fin. qu. 85. nr. 5. Uebrigens sieht man aus Nr. 5. eod., daß die ital. Gerichte in manchen Fällen sehr hart straften, und selbst Clarus, welcher mehr für Milde ist, meint doch z. B., wenn Jemand auf öffentlicher Straße mit Gewalt ein Mädchen küsse, so könne man bei recht bedeutenden erschwerenden Umständen auch Todesstrafe erkennen.

et privata hodie et generali conſuetudine punitur arbitrio judicis", wie das Gleiche ſchon die Meiſten vor ihm, und Alle nach ihm ſagten. Eine vermeintlich unſichere Grenze zwiſchen vis publica und privata wird aber nirgends als Grund dieſer Conſuetudo angeführt. Auch zweifelte man eigentlich in jener Zeit nicht über dieſe Grenze. Denn von der Gloſſe [40]) an bis in das 16te Jahrhundert ſetzten die Italiener den Unterſchied eben in das Bewaffnetſeyn nach Inſt. IV, 18. de publ. jud. §. 8., und erſt am Ende des 16ten Jahrhunderts und ſpäter wurden über dieſen Punkt durch die gründlicheren Unterſuchungen der franzöſiſchen Civiliſten auch bei den Italienern Zweifel angeregt [41]).

Die deutſchen Schriftſteller des 16ten und 17ten Jahrhunderts waren darüber einverſtanden, daß die Strafe der vis publica und privata arbiträr ſey, und auch in der Praxis wurde die Sache niemals anders gehalten. Was die Gründe betrifft: ſo beruhigten ſich die meiſten Aelteren bei der Verſicherung der italieniſchen Juriſten, daß bei ihnen nach der generalis conſuetudo das Verbrechen arbiträr beſtraft werde, und berufen ſich daher entweder auf dieſe von den Italienern benutzte conſuetudo [42]), oder blos auf die Italie-

40) Gloſſ. ad Inſt. IV, 18. §. 8. Azo ſumma Cod. L. IX. T. 12. (fol. 338 b. edit. 1535. typ. Jacob. Wyt.)

41) Vgl. z. B. Jac. Menochius († 1607) de arbitrar. judic. quaeſtionib. caſ. 594. nr. 2 ſq. — unter den Italienern am ausführlichſten über dieſe Frage.

42) So ſagt Carpzov pract. XL, 7., nach der hodierna conſuetudo ſey die Strafe arbiträr, und beruft ſich dabei blos auf Decianus und Clarus. Eben ſo Geo. Frantzke Comm. in Inſt. IV, 18. §. 8. (Argent. 1658.) unter Berufung auf Italiener und auf Carpzov. Was das Strafmaaß betrifft: ſo nennt Carpzov Geld-

ner [43]), oder, ohne eine Auctorität anzuführen, auf mores nostros [44]). Einige Wenige berufen sich wenigstens theilweise schon auf das römische Recht [45]). Keiner aber zweifelte an der Haltbarkeit der Praxis, oder an der Triftigkeit der Gründe, auf welche sie sich stützen möchte, außer Schilter [46]). Dieser macht

---

strafe, Gefängniß, Landesverweisung, Fustigation und Handabhauen, und bekräftigt dies durch Präjudizien, nach welchen freilich sehr willkürlich auf jene Strafen erkannt wurde.

43) So z. B. Joh. Harpprecht tract. crim. Frcf. 1605. p. 471; er will nach Umständen bis zur Todesstrafe steigen. Eben so Herm. Vultejus Comm. in Inst. (1598.) L. IV. tit. 18. §. 8.

44) Lauterbach coll. pand. XLVIII, 6. §. 6. XLVIII, 7. §. 2. Eben so Oinotomus Comm. in Inst. IV, 18. §. 8. bei der Strafe der vis privata. Ueber die Strafe der vis publica sagt dieser, sie sey — weil nach sächsischem R. keine Vermögensconfiscation verhängt werde — eine arbiträre Gefängniß- oder Verweisungsstrafe.

45) Z. B. Phil. Matthaeus (Prof. in Marburg) Comm. in tit. Dig. de Reg. jur. (Marb. 1615.) ad l. 152. Er führt in Beziehung auf die Strafe der vis privata den schlechten Grund an, daß durch die Nov. 154. alle Vermögensconfiscation aufgehoben sey. Aehnlich sagt Wesenbeck Comm. in Pand. XLVIII, 6. in Beziehung auf vis publica, die Confiscation falle schon wegen der Auth. bona damn. C. de bon. damn. weg, und an die Stelle der Deportation trete in Sachsen Fustigation und Landesverweisung, bisweilen auch Handabhauen. — Gilnhausen (arbor judic. crim. Frcf. 1606. cap. 2. tit. 7.) sagt über die Strafe der vis blos: quae autem poena in vim inferentes sit constituta, patet ex art. 128. C. C. C. und druckt dann blos diesen Artikel (vom Landszwang) ab. Dies schreibt ihm Holland publ. crim. vindicta etc. p. 505. wörtlich nach, und scheint sogar aus diesem Artikel, welcher Schwertstrafe festsetzt, herleiten zu wollen, daß die Strafe der vis arbiträr sey! Auffallend ist, daß Keiner durch den Art. 127. der P. G. O. eine Milderung der röm. Strafe zu belegen suchte.

46) Prax. jur Rom. in foro Germ. (1684. ed. 5. 1715.) exerc. 49. §. 108.

allein den Skeptiker, wie er überhaupt hier Manches gründlicher und besser giebt, als seine Vorgänger. Er bemerkt: wie man behaupten könne, Strafe der vis sey bei uns in eine arbiträre verwandelt worden, davon sehe er keinen genügenden Grund ein. Weiterhin [47]) erklärt er es sich mit der Schwierigkeit, den Unterschied zwischen vis publica und privata aufzufinden. Daraus sey die Praxis über die arbiträre Bestrafung der vis entstanden; allein, meint er, contra rationem juris R. et judiciorum publicorum. Allerdings würde auch jener Grund eine arbiträre Strafe nicht rechtfertigen. Denn, abgesehen davon, daß sich jener Unterschied für die meisten Fälle bestimmt nachweisen ließ: so war doch jedenfalls nicht in Abrede zu ziehen, daß von vielen Fällen schon nach einem flüchtigen Anblicke der Quellen sich mit Sicherheit sagen ließ, daß die Quellen sie zur vis publica zählen. Auf diese hätte man dann jedenfalls eine der Deportation gleichkommende Strafe (wenn man vom Art. 127. der P. G. O. und von der Praxis absah) anwenden müssen, und für die übrigen zweifelhaften Fälle hätte wenigstens die Strafe der vis privata erkannt werden sollen, da diese die unterste Stufe der Strafbarkeit des crimen vis einnimmt.

Uebrigens war der Grund, aus welchem Schilter die Praxis sich zu erklären suchte, historisch nicht begründet. Seine Vorgänger baueten die Unanwendbarkeit der gesetzlichen Strafen der vis, so viel ich wenigstens finde, nirgends auf die Schwierigkeit der Frage über die Grenzen zwischen vis publica und privata, sondern, wie gezeigt wurde, auf ganz andere Gründe.

47) A. a. O. §. 181.

Zwar beruft er sich auf Carpzov als Gewährsmann, allein dieser führt nirgends jenen Schilterschen Grund als die Ursache der Unanwendbarkeit der gesetzlichen Strafe an.

Der Skepticismus von Schilter wirkte aber weder auf die späteren Criminalisten, noch auf die Praxis ein. Es war einmal feststehender Grundsatz, daß die Strafe der vis arbiträr sey, und so führten dieses die Criminalisten des 18ten Jahrhunderts als eine ausgemachte Sache an, ohne auch nur irgend einen weitern Grund, als höchstens ein Paar Auctoritäten, dafür beizubringen. Selbst davon, daß man wenigstens die Fälle der vis publica etwas härter strafen müsse, als die der vis privata, sagen sie in der Regel nichts. So meint sogar Joh. Sam. Fr. v. Böhmer, es sey gleichgültig, ob man eine Gewaltthätigkeit zur publica oder privata vis rechne; wenigstens sey dies die Ansicht der Praxis [48]), und Koch meint, es sey unnöthig, sich über die Grenzen der vis publica und privata den Kopf zu zerbrechen, da ja die Strafe jeder vis bei uns arbiträr sey [49]). Auf eine nähere Angabe oder einen Vorschlag über das Maaß dieser arbiträren Strafe lassen sie sich in der Regel gar nicht ein. Böhmer meint noch, aber freilich auch die Auctorität von Ausländern, es könne bei einer vis atrocior die Strafe bis zur Todesstrafe steigen [50]). Indessen bemerkte er schon früher [51]), daß

48) Obss. ad Carpzov. XL, 1. In seinen elem. jur. cr. ed. 1774. Sect. II. §. 105. wiederholt er dies im Wesentlichen, indem er sagt: die vis privata werde nach der Praxis arbiträr bestraft, und unterscheide sich somit wenig von der publica.

49) Inst. jur. crim. §. 592.

50) Elem. jur. cr. Sect. II. §. 104.

51) Obss. ad Carpz. XL, 1.

die Praxis die Anwendung der Todesstrafe nicht häufig zulasse, und Quistorp [52]) nennt die Todesstrafe gar nicht mehr, sondern blos „Verweisung, Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten auf gewisse Jahre oder verhältnißmäßige Geldbuße oder Gefängniß".

Grolman ist der Erste nach Schilter, welcher sich die Sache gerade so erklärt, wie Schilter. In der ersten Ausgabe seiner Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft (1798) bemerkt er: man kenne die Grenzen zwischen öffentlicher und Privatgewaltthätigkeit so wenig, daß uns vielmehr alle bisherigen Bemühungen der Ausleger nur von ihrer Vergeblichkeit überzeugt hätten. Indessen liege uns nicht mehr so viel daran, diese Dunkelheit zu entfernen, da sie nun einmal die unausbleibliche Folge gehabt habe, daß von den römischen Strafbestimmungen kein Gebrauch gemacht werden könne, und also Alles dem Ermessen des Richters überlassen bleibe [53]). — Auch Feuerbach entschied sich aus dem Grunde, weil die Grenzen zwischen der öffentlichen und Privatgewaltthätigkeit unbestimmt seyen, in den früheren Ausgaben seines Lehrbuches dafür, daß die Strafe bei uns willkürlich sey, und ging deßhalb auch nicht näher auf die Frage ein, was zur vis publica gehöre, und auch in den Schriften, welche nun nach den ersten Ausgaben der Lehrbücher von Feuerbach und Grolman erschienen, wird zum Theil allein [54]),

52) Grundss. §. 190.

53) Im Wesentlichen blieb Grolman auch in den späteren Ausgaben bei dieser Ansicht; s. die 4te Ausg. §. 231. Daß sie als Erklärung der Praxis und der Ansichten der früheren Criminalisten historisch unrichtig sey, wurde schon oben bemerkt.

54) S. B. Salchow Lehre von Verbr. u. Strafen Bd. II. S. 547.

zum Theil mit andern Ursachen [55]) jener Grund als Ursache der Unanwendbarkeit der römischen Strafe häufig angeführt. Doch räumte Feuerbach einzelnen, von der vis publica sprechenden Quellenstellen in so fern Einfluß auf die Strafbestimmung ein, als er Momente, von welchen jene Stellen ausgehen, unter den Straferhöhungsgründen anführte. Dabei schlug er für die durch solche Momente nicht ausgezeichneten Fälle ein Maximum und Minimum der Strafe vor, nämlich für Gewalt gegen Sachen 14 Tage bis ein Monat, bei Gewalt gegen Personen 1 bis 2 Monate Freiheitsstrafe. Strenger war die Ansicht Grolman's in der ersten Ausgabe seiner Grundsätze. In den späteren Ausgaben aber trat er ganz Feuerbach's Ansicht bei, und diese Auctoritäten waren gewiß auch nicht ohne Einfluß auf einen, wohl nur zu milden Gang der Praxis mancher deutschen Staaten bei der Bestrafung dieses Verbrechens.

Roßhirt und Martin dagegen suchten in ihren Lehrbüchern [56]) die Willkür des Richters bei Festsetzung der Strafe der vis mehr an die aus den Gesetzen sich ergebenden Gesichtspunkte zu binden. Roßhirt verlangt wenigstens einigermaßen ein Anschließen an das römische Recht durch bestimmte härtere Bestrafung einzelner Fälle der Gewaltthätigkeit, freilich aber so, daß er sich dabei nicht durchaus an die römischen Ge-

55) So führt Bauer Lehrb. §. 268. als Ursachen an: schwankende Grenzen der vis publica und privata; eigenthümliche Beziehungen und die Beschaffenheit der gebrochten Strafübel. Vgl. auch Abegg Syst. der Cr. R. W. §. 570. — Henke (Handb. Bd. III. S. 145). Dagegen stützt sich die Unanwendbarkeit mit Recht blos auf den unzweifelhaften Gerichtsgebrauch.

56) Roßhirt Lehrb. ꝛc. 1821. §. 140. Martin Lehrb. ꝛc. erste Ausg. 1821. §. 191.

sichtspunkte hält, sondern dem richterlichen Ermessen noch einen sehr freien Spielraum läßt. Noch weiter geht Martin, indem er behauptet, daß die römische Strafe der vis privata oder eine ihr gleichstehende Strafe auch bei uns die gelindeste Strafe seyn sollte, welche im Allgemeinen jeder criminell strafbaren Gewaltthat nach gemeinem Rechte bevorstünde; daß dagegen in den unzweifelhaften Fällen der vis publica des römischen Rechts eine der Deportation gleichstehende Strafe als in abstracto bevorstehend betrachtet werden müßte.

Auch Feuerbach wich in der so wichtigen neunten Ausgabe seines Lehrbuches [57]) von seiner früheren Ansicht bedeutend ab. Er setzt den Grund der Unanwendbarkeit der gesetzlichen Strafen nicht mehr in die Zweifelhaftigkeit der Frage über die Grenzen zwischen vis publica und privata, und geht nun überhaupt von der Ansicht aus, daß für eine Reihe von Fällen sich bestimmt nachweisen lasse, sie seyen vom römischen Rechte zur vis publica gerechnet worden, und daß hierauf ein praktisches Moment gelegt werden müsse. Deßhalb läßt er sich nun genauer auf die Frage ein, welche Fälle zur vis publica gehören. Jedoch tritt er in Beziehung auf das Maaß der Strafe nicht der Ansicht von Martin bei, sondern entscheidet sich „bei der Unanwendbarkeit fast aller gesetzlichen Strafarten", welche für das crimen vis festgesetzt sind, dafür, daß an deren Stelle heut zu Tage eine willkürliche Strafe trete. Diese mißt er aber nun sehr mit Recht nach einem höheren Maaßstabe als früher, und will bei der vis publica

57) (1826) §. 401 f. Die 9te, 10te und 11te Aufl. sind hier übereinstimmend.

Zucht- oder Arbeitshaus auf zwei oder mehrere Jahre, bei der vis privata eine Geldstrafe in Verbindung mit Gefängniß auf einige Wochen oder Monate und in erschwerten Fällen bis zu einem Jahre [58]).

Für die Richtigkeit dieser neueren Ansicht Feuerbach's dürften in der That auch die triftigsten Gründe sprechen, und hoffentlich wird diese mit Recht so gewichtige Auctorität nicht ohne Einfluß auf unsre Praxis seyn.

§. 27.

Strafe nach dem heutigen gemeinen Rechte.

Sehen wir vom Art. 127. der P. G. O. und von aller Praxis vorläufig ab: so könnte das Resultat über die Frage, wie das Verbrechen der Gewaltthätigkeit zu bestrafen sey, nicht zweifelhaft seyn. Es ist dann ganz dasjenige, wie es Martin a. a. O. aufstellt. Denn, ist die Strafe des Gesetzes bei uns unausführbar: so muß ihr eine dem Grade nach möglichst gleiche substituirt werden, da die Unausführbarkeit der gesetzlichen Strafe dem Richter nicht die Befugniß giebt, von der Ansicht des Gesetzgebers über den Grad der Strafbarkeit des Verbrechens abzuweichen. So wäre hiernach bei uns die Strafe der vis nicht eine arbiträre, sondern eine dem Grade nach genau bestimmte.

Allein gegen dieses Resultat könnte schon der Art. 127. der P. G. O. einigen Zweifel erregen. Dieser handelt

58) Diesem, von Feuerbach vorgeschlagenen, Strafmaaße tritt nun auch bei Henke Handb. Bd. III. S. 142. Nur ist es unrichtig, wenn derselbe auch Grolman als Auctorität für dieses Strafmaaß aufstellt, denn in den späteren Ausgaben seiner Grundsätze blieb Grolman bei dem gelindern Strafmaaß, welches Feuerbach früher vertheidigte.

von einem der wichtigsten Fälle der vis publica — der Erregung eines Aufruhrs — und bestimmt für den Aufwiegler als Maximum Ortsverweisung mit Staupenschlag, eine Strafe, welche doch jedenfalls gelinder war, als die römische Deportation. Dieser Umstand dürfte wohl schon darauf hindeuten, daß die Carolina die Anwendung einer der Deportation gleichen Strafe für jede vis publica nicht wollte, was auch mit den herrschenden Ansichten ihrer Zeit, von welchen sie ja meist ausgeht, ganz harmoniren würde.

Wollte man aber auch auf dieses Argument kein Gewicht legen, so wird man sich doch aus andern Gründen dafür, daß bei uns die Strafe arbiträr ist, und überhaupt im Wesentlichen durchaus für Feuerbach's neuere Ansicht entscheiden müssen.

Aus der vorstehenden historischen Ausführung ergiebt sich, daß die deutsche Praxis von jeher die Strafe des crimen vis als arbiträr ansah und behandelte. Giebt es je über einen Punkt des Criminalrechts eine Jahrhunderte hindurch feste und übereinstimmende Praxis in ganz Deutschland, so ist es dieser. Eben so bestimmt und unabweislich macht sich und machte sich von jeher bei dem besondern Zustande unsrer gemeinen Criminallegislation die Praxis als Quelle für das Criminalrecht geltend, und sogar gegen gesetzliche Resultate. Rechtfertigen läßt sich das Letztere freilich nur dann, wenn die vom Gesetze abweichende Praxis durch stillschweigende oder ausdrückliche Billigung des Gesetzgebers sanctionirt wurde. Eine solche Billigung wird sich aber gerade hier, bei einer so alten constanten Praxis, kaum läugnen lassen. Sollte man dies aber auch in Abrede ziehen wollen, so steht nun einmal diese Praxis bei diesem Ver-

brechen so fest und so sehr durch unzählige Urtheile bekräftigt da, daß sie auch durch die schlagendsten theoretischen Gründe nicht wird wankend gemacht werden können, und so müssen wir, wenn wir nicht geradezu ein unabweisliches Factum als nicht vorhanden annehmen sollen, von dem Grundsatze ausgehen, daß bei uns die Strafe des crimen vis arbiträr sey. Auch könnte man für dieses Resultat wohl noch den Grund anführen, daß das römische Recht bei uns ja nur als Gewohnheitsrecht gilt, weil es zunächst nur durch Gewohnheitsrecht recipirt wurde, und daß daher eine Praxis, welche sich, wie bei der Bestrafung des crimen vis, auf eine mit der Reception des römischen Rechts zu uns gekommene feste Gewohnheit stützt, nicht ohne rechtliches Fundament ist.

Allein über das Maaß der Strafe und die bei der Bestimmung desselben zu befolgenden Gesichtspunkte schwankte die Praxis immer, und hier kann daher wohl durch die Theorie auf den Gang der Praxis eingewirkt werden. Soll hier das Ermessen des Richters sich nicht in reine Willkür verlieren: so muß er sich bei der Festsetzung des Strafmaaßes möglichst an die von den Gesetzen und einer wohlbegründeten Praxis an die Hand gegebenen Gesichtspunkte halten. Hiernach dürften sich wohl für die Festsetzung der Strafe folgende Momente als die leitenden aufstellen lassen:

1) Diejenigen Fälle, welche nach den Gesetzen bestimmt zur vis publica gehören (§. 20.), sind um ein Bedeutendes härter zu bestrafen, als die übrigen Fälle des Verbrechens. — Dies wird auch, wie gezeigt wurde, seit den letzten zwölf Jahren [59]) immer mehr zugegeben.

59) Beizufügen ist hier noch, als dieser Ansicht beistimmend, Abegg Syst. der Cr. R. W. S. 570.

2) Nach dem in unserm deutschen Criminalrechte anerkannten und von der deutschen Praxis immer festgehaltenen Grundsatze, daß der Erfolg bedeutenden Einfluß auf die Größe der Strafe habe, müssen auch bei diesem Verbrechen auf die Festsetzung der arbiträren Strafe der Grad der Freiheitsbeschränkung des Verletzten, und die weiteren Nachtheile und Verletzungen, die ihm die erlittene Mißhandlung zuzog, bestimmenden Einfluß haben. — Hierauf nahmen auch schon die Aelteren Rücksicht, und die Neueren stimmen beinahe durchaus damit überein.

3) Nach der gewiß richtigen Ansicht der Gesetze ist das crimen vis, namentlich das crimen vis publicae, ein nicht unbedeutendes Verbrechen, und so dürfte jedenfalls Feuerbach's neuere Ansicht über das Minimum der Strafe für die Regel zum wenigsten zu Grunde zu legen seyn.

4) Nach bestimmtem deutschem Gewohnheitsrechte hat der Ort der begangenen Vergewaltigung, die Verletzung des Burgfriedens und die des Hausfriedens, erhöhenden Einfluß auf die Strafe [60]).

Endlich könnte noch die Frage entstehen, ob in allen Fällen bei Verurtheilung wegen crimen vis den Verbrecher Infamie treffe? Nach römischem Recht leidet die Bejahung der Frage keinen Zweifel, denn das crimen vis war ein crimen ordinarium, und jede Verurtheilung wegen eines crimen ordinarium infamirte. Deßhalb trat bei Verurtheilung wegen vis privata immer Infamie ein (oben §. 17.), und daß in den Gesetzen

60) S. die in meinem Lehrb. Bd. II. S. 6. Angeff. und Jarcke Handb. Bd. II. S. 222 f.

setzen nicht das Gleiche von der Verurtheilung wegen vis publica gesagt ist, dieses erklärt sich daraus, weil die Verurtheilung zur Deportation einen größeren Ehrennachtheil, eine *consumtio* existimationis mit sich führte.

Wenn nun gleich in Betreff der Infamie bei uns gemeinrechtlich im Wesentlichen noch das römische Recht gilt [61]), und der Umstand, daß bei uns die Strafe des crimen vis arbiträr ist, an sich die Bestimmung des römischen Rechts über Eintritt der Infamie nicht unanwendbar macht [62]), so dürfte es doch wenigstens nach der Praxis zweifelhaft seyn, ob das crimen vis noch zu den infamirenden Verbrechen gehöre. Denn die Praxis scheint von jeher die Infamie hier nicht sowohl als eine stillschweigende Folge der Verurtheilung wegen eines crimen ordinarium betrachtet, sondern mehr als einen Theil der besondern festbestimmten römischen Strafe des crimen vis privatae angesehen zu haben, dessen Anwendbarkeit hier nun eben so bei uns wegfalle, wie die Anwendbarkeit jener festbestimmten Strafe überhaupt [63]).

61) Marezoll üb. die bürgerl. Ehre. S. 350—360.

62) Meine Schrift über die Württ. Strafarten. Tüb. 1832. S. 257 f. A. M. ist Marezoll a. a. O. 458.

63) Dem frühern Plane zufolge sollte hier noch eine Erörterung über crimen vis vom legislativen Standpunkte aus folgen. Um aber die Abhandlung nicht über Gebühr auszudehnen, glaubte ich diese Erörterung hier vorerst weglassen, und später einmal bei einer andern passenden Gelegenheit nachtragen zu sollen.

XV.

Ueber die verschiedenen Arten strafbarer Tödtung und ihr Zusammenfassen in einen Gattungsbegriff, mit Rücksicht auf den Begriff der Entwendung, insbesondre von der fahrlässigen Tödtung und von dem Unterschiede zwischen Criminal- und Civilverbrechen nach gemeinem deutschen in Vergleichung mit dem französischen Rechte.

Von

Birnbaum.

(Fortsetzung des im Heft 2. Nr. VIII. abgebrochenen Aufsatzes.)

§. VIII.

Wir wollen nun zunächst das System einiger deutschen Criminalisten in der Darstellung von der Lehre der Tödtung überhaupt genauer prüfen, und in Verbindung damit vorzüglich die Lehre von der fahrlässigen Tödtung, so wie die bei derselben nach den Quellen des gemeinen Rechts anzuwendenden Strafgrundsätze näher erörtern. Betrachten wir vor Allem die Theorie Feuerbach's, so finden wir darin erstens gewisse allgemeine Sätze, die natürlich allen Arten des sogenannten Verbrechens der Tödtung gemeinschaftlich seyn sollen, dann eine Auf-

zählung der verschiedenen Arten der Tödtung, wobei aber abgesehen von den in keinem eignen Kapitel abgehandelten besonders benannten Arten der Tödtung und von dem im Anhang behandelten Selbstmord, gleichsam als *summa criminis divisio*, die in Mord und Todtschlag aufgestellt wird, und alle besonders benannten, so wie alle gesetzlich ausgezeichneten Arten unter den Begriff des Mords gestellt werden. Von der culposen Tödtung als einer eignen Art des Verbrechens der Tödtung ist dabei nicht die Rede, sondern die *culpa* wird wie der Versuch nur als besonderer Umstand betrachtet, durch den die ordentliche Strafe des Verbrechens gemindert würde [97]).

Wie ungeeignet diese Darstellungsweise sey, ergiebt sich schon daraus, daß man wohl den Versuch gleichsam als Anfangspunkt des Verbrechens der Tödtung betrachten, und darum nicht füglich von versuchter Tödtung als einer eignen Art dieses Verbrechens, daß man aber von einem Versuch der Tödtung an sich, insofern man darunter das *genus* von Mord und Todtschlag versteht, eben so gut als von versuchtem Mord und versuchtem Todtschlag reden kann; daß dies aber bei der *culpa* durchaus nicht der Fall und es eben so unpassend ist, von fahrlässigem Mord, als von fahrlässigem Todtschlag, ja von fahrlässiger Tödtung überhaupt zu sprechen, sobald man einmal zum Begriffe des Verbrechens der Tödtung überhaupt, wie insbesondre auch des Todtschlags, eine absichtliche Tödtung erfordert. Wäre übrigens kein

97) Lehrbuch §. 206—245, insbesondre 227 u. 228. Vgl. oben Note 63.

Grund vorhanden, die fahrlässige Tödtung als besondre Art der Tödtung anzusehen, weil die Fahrlässigkeit nur als ein Grund geringerer Strafbarkeit der Tödtung gelten könne: so ließe sich eben so gut sagen, die im Affect des Zorns begangene Tödtung sey keine besondre Art, sondern der Affect nur ein Grund geringerer Strafbarkeit [98]! Die C. C. C. giebt ferner eben so gut der im Affect begangenen Tödtung als der fahrlässigen Tödtung einen besondern Namen, und selbst wenn, wie Einige behaupten, auf die fahrlässige Tödtung das Wort Todtschlag gleichmäßig anwendbar wäre, nach dem Sprachgebrauch der Carolina; müßte sie dessen ungeachtet noch als eigene Art der Tödtung, wenigstens als Unterart angeführt und etwa gesagt werden, die Tödtung als Verbrechen sey entweder Mord oder Todtschlag und der Todtschlag entweder Tödtung im Affect oder fahrlässige Tödtung. Immer also wird die letztere ihre Stelle im System als besondre Art der Tödtung vindiciren, wie denn auch in der peinlichen Halsgerichtsordnung von derselben in einem eigenen Artikel gehandelt, und rücksichtlich ihrer Bestrafung ganz besondre Grundsätze enthalten sind, was noch unten näher auszuführen ist. Dies System haben denn auch die meisten neuern Strafrechtslehrer befolgt, sie mögen der Benennung Todtschlag nach dem Sprachgebrauch der C. C. C. eine allgemeinere oder beschränktere Anwendung gegeben haben [99].

98) Vgl. oben Note 64.

99) Vgl. z. B. Wächter Th. II. §. 165. S. 132. Martin Lehrbuch. 9te Ausg. §. 112. 113. Roßhirt Lehrb. §. 147. 148. Jarcke Handbuch Th. III. §. 47. Auch

Eben so wo wenig ist die Art und Weise zu billigen, wie Feuerbach über das Verbrechen der Tödtung überhaupt allgemeine Grundsätze aufgestellt hat. Ich will nicht in Abrede stellen, daß man Gründe haben kann, aus den die verschiedenen Arten von Tödtung betreffenden Bestimmungen der Gesetze und andern Umständen gewisse allgemeine Sätze abzuleiten. Allein einerseits wird die Anwendung dieser Sätze zum Theil noch weiter, als man es gewöhnlich annimmt, z. B. auch auf solche Tödtungen, die in die Kategorie besondrer Staatsverbrechen fallen, sich erstrecken müssen; andrerseits ist, wie oben schon angedeutet wurde, das Aufstellen solcher allgemeinen Grundsätze bei dem Zusammenfassen des Mords, des Todtschlags und andrer Verbrechen unter den Gattungsbegriff von Tödtung nicht mehr zulässig, als bei dem Zusammenfassen des Diebstahls und des Raubes unter den Gattungsbegriff von Entwendung; es geben sogar in letzterer Hinsicht die Gesetze selbst uns nicht minder als bei den verschiedenen der Tödtung zur Auffindung allgemeiner Merkmale Anleitung. So ist z. B. in dem Diebstahl und Raube gemeinsames Merkmal auch nach römischem Rechte das *invito domino contrectare*, wenn

---

hat der letztgenannte Verfasser nicht Unrecht, wenn er außer Mord, Todtschlag und culpose Tödtung noch andre Arten der Tödtung unterscheidet, obschon nicht alle von ihm angegebenen Arten gleich logisch an die übrigen angereiht sind, und die Begriffsbestimmung aller einzelnen Arten nicht eben gleich glücklich, auch hinsichtlich der Terminologie nicht genug darauf Rücksicht genommen ist, daß entschuldbare Tödtung in der C. C. C. hauptsächlich diejenige genannt wird, die straflos und also kein Verbrechen ist.

gleich die *contrectatio rei fraudulosa* eigentlich nur auf das Verbrechen des Diebstahls paßt [100]).

Daß man bei Aufstellung des allgemeinen Begriffs der Entwendung und der dem Raub und Diebstahl gemeinsamen Merkmale sich irren kann, zeigt Feuerbach's in neuester Zeit deßhalb auch oft getadelte Ansicht. Zu rechtfertigen wenigstens ist es gewiß nicht, daß von der Entwendung im Allgemeinen eine Definition gegeben wird, die gewissermaßen Uebersetzung der römischen Definition von furtum im engern Sinn [101])

100) Qui res alienas *rapit* tenetur etiam *furti*, quis enim magis alienam rem *invito domino contrectat*, quam qui rapit, itaque recte dictum est, eum improbum furem esse. Gajus Comm. III. §. 209. Man sieht hier, daß Gajus die *rapina* als eine Art von *furtum* betrachtet, weil er von diesem einen dem Begriffe der Carolina von Entwendung entsprechenden allgemeinen Begriff annimmt, den er Comm. III. §. 195. so ausdrückt: „*Furtum* fit .... *generaliter*, cum quis rem alienam *invito domino contrectat*." Allerdings läßt sich unter diesen Begriff auch der Raub subsumiren. Wohl davon zu unterscheiden ist aber der besondere Begriff von *furtum*, den Paulus in L. 1. §. 3. D. de furtis giebt. Dieser bezieht sich blos auf Diebstahl und es wird dies besondre Verbrechen durch das mit *contrectatio* verbundene Wort *fraudulosa* charakterisirt, wie auch schon von Roßhirt im Archiv Bd. III. S. 79. bemerkt worden ist.

101) Lehrbuch §. 512. Das *fraudulosa rei contrectatio* ist übrigens eben so wenig treu durch rechtswidrige Bemächtigung einer beweglichen Sache, als das *lucri faciendi causa* durch Absicht und Vorsatz eines unerlaubten Gewinnes wiedergegeben. Ich nehme mit meinem gelehrten Freunde und ehemaligen Collegen Holtius an, daß die letztgenannten Worte so zu nehmen seyen, als ob stünde: *lucri faciendi gratia rei ipsius*, vel *lucri faciendi usus ejus*, vel *lucri faciendi possessionis*, daß also die Worte *usus* und *possessionis* nicht auf *contrectatio* bezogen werden dürfen, und die Wiederholung des Wortes *rei* in L. 1. §. 3. D. de furtis

seyn soll, daß dann der Diebstahl weiter nicht definirt, der Raub als Art aber unter den Gattungsbegriff von Entwendung gestellt, und dabei behauptet wird, der Raub werde in die Lehre von der Entwendung gezogen, weil die Entwendung von den Gesetzen als Hauptsache, die Gewalt nur als beschwerender Nebenpunkt betrachtet werde! Wenn man ferner bedenkt, daß die C. C. C. selbst zwischen raublichem und dieblichem Entwenden unterscheidet, so wird man sich nicht leicht von der Wahrheit des Schlusses überzeugen: der Raub sey eine Art der Entwendung, also werde dabei diebische Absicht u. dgl. vorausgesetzt. Wenigstens wird man sich nicht leicht überzeugen, daß es sich von selbst verstehe, daß bei Raub dieselbe Absicht, wie bei dem Diebstahl Statt finden müsse, und in keinem Falle damit übereinstimmen, daß alle Merkmale des Diebstahls auch zu dem Begriff des Raubes gehören[102]). Allein liegt denn das Unrichtige dieser Behauptung in dem Zusammentreffen von Raub und Diebstahl unter dem Begriff von Entwendung an sich? Oder können bei dem Zusammenfassen von Mord, Todtschlag u. dgl. unter einen gemeinsamen Begriff nicht auch ähnliche Unrichtigkeiten zu Tage kommen?

Ist es weniger, als das von der Entwendung Gesagte, unrichtig, wenn die Tödtung im Allgemeinen als

---

keineswegs überflüssig sey. Feuerbach hat auch in der elften Ausgabe seines Lehrbuchs die römische Definition nach der unvollständigen Redaction in §. 1. Inst. de obl. quae ex del. und auch aus dieser nur verstümmelt angeführt.

102) Lehrbuch §. 525. 553 not. a. §. 554.

rechtswidrige Handlung, welche die zureichende Ursache des erfolgten Todes eines Menschen ist, definirt[105]), und nach dieser Definition, in welcher durch Weglassung des Wortes absichtlich angezeigt zu seyn scheint, daß auch die fahrlässige Tödtung in derselben mitbegriffen werde, gleichwohl von der Tödtung in dieser Allgemeinheit des Begriffs gesagt wird, sie sey das schwerste aller Verbrechen! Ist mehr Consequenz, als in den oben angeführten die Entwendung betreffenden Stellen, darin, daß nach der Begriffsbestimmung der Tödtung, in der vom Absichtlichen nichts gesagt wird, bei der vollständig seyn sollenden Angabe der Arten der Tödtung, des Mordes nämlich und des Todtschlags, das Gemeinsame beider durch vorsätzliche Tödtung bezeichnet wird, wobei man versucht seyn könnte zu glauben, es werde wohl außer der vorsätzlichen Tödtung noch die fahrlässige als die besondre Art angenommen werden, wenn man nicht, wie schon oben gesagt, die Fahrlässigkeit bei der Tödtung gleich dem Versuche abgefertigt fände? Ob die Bezeichnung vorsätzlich passend sey für den Gattungsbegriff von Mord und Todtschlag, besonders nach dem Sprachgebrauch der C. C. C., wollen wir dahin gestellt seyn lassen. Nur darauf wollen wir noch aufmerksam machen, daß der von der Tödtung in ihrem allgemeinsten Begriff behauptete Satz: das Verbrechen sey erst vollständig vorhanden, wenn die durch die rechtswidrige Handlung entstandene körperliche Verletzung

105) Vgl. Feuerbach's Lehrbuch §. 206. 208. 215. 227. Diese Ansichten gingen zum Theil auch in das bairische Gesetzbuch über. Vgl. Note 65.

die wirkende Ursache des erfolgten Todes gewesen sey, an sich auf verschiedene Weise ausgelegt werden kann, wenn er aber von allen Arten der Tödtung auf dieselbe Weise verstanden werden soll, eine positive Begründung erfordert, da man z. B. in der französischen Praxis in dieser Hinsicht bei verschiedenen Arten der Tödtung verschiedene Regeln befolgt, und es auch seyn könnte, daß etwas Aehnliches nach deutschen Gesetzen anzunehmen seyn dürfte. Eine weitere Prüfung der Feuerbach'schen allgemeinen Grundsätze, die der Abhandlung der einzelnen Arten von Tödtung vorausgeschickt worden, liegt nicht im Zwecke dieser Abhandlung. Wir wollten hier nur darauf aufmerksam machen, daß jene Grundsätze im Einzelnen eben so wenig über allen Tadel erhaben sind, als dasjenige, was in der Lehre von der Entwendung als das den einzelnen Arten Gemeinsame dargestellt wird.

§. IX.

Sehen wir nun, ob andre Schriftsteller in Aufstellung allgemeiner Grundsätze über das Verbrechen der Tödtung glücklicher gewesen seyen, und dabei müssen wir vor Allen auf Martin's Aeußerung aufmerksam machen, welcher die Theorie des Verbrechens der Tödtung nach Deutschlands gemeinem Rechte darum für so schwierig hält, weil die einheimische Gesetzgebung bei der Bestimmung der Strafbarkeit dieses Verbrechens von dem objectiven Maaßstab ausging, ohne das übrigens doch recipirte römische Recht in dieser Materie, das den geradezu entgegengesetzten subjectiven Maaßstab seiner Bestimmungen zu Grunde legt, aus-

drücklich abzuändern [104]). Wir können diesem Ausspruche im Ganzen nicht beipflichten, indem die Strafgrundsätze der Römer über Tödtung, insofern sie in der Lex Cornelia oder in einer analogen Ausdehnung derselben durch Senatus Consulta, oder überhaupt in den Rechtsquellen, wodurch eine extraordinaria animadversio begründet wurde, zu suchen sind, allerdings von dem rein subjectiven Gesichtspunkte; sofern sie aber in der Lex Aquilia oder dem Prätorischen oder Aedilen-Edict gegründet sind, von durchaus objectivem Gesichtspunkte ausgehen. Wir werden diesen Satz in der Folge näher ausführen, wollen aber hier noch auf eine andre Aeußerung desselben Schriftstellers aufmerksam machen, die uns mit jener in einiger Verbindung zu stehen scheint, nämlich auf die, daß die culpose Entleibung die am gelindesten mit öffentlichen Strafen bedrohte Gattung von Homicidium sey, eine Aeußerung, die uns nicht recht im Einklange zu stehen scheint mit der an sich richtigen Behauptung desselben Rechtsgelehrten, daß die römischen Privatstrafen in Deutschland noch anwendbar, und daß bei dem Mangel an Vollständigkeit und Bestimmtheit der in der C. C. C. über die Tödtung enthaltenen Bestimmungen, jedoch mit Vorsicht, die römischen Gesetze anzuwenden seyen. Ja Martin selbst scheint zugeben zu wollen, daß dies eben sowohl Grundsätze der Lex Aquilia als der Lex Cornelia seyn könnten, und wir wollen ihm auch die dabei anempfohlene Vorsichtsmaaßregel zugestehen, daß man bedenken müsse, das Aquilische Gesetz gehe von dem Begriff eines römischen Privat-

104) Lehrbuch §. 106.

delicts aus, und das Cornelische Gesetz nehme die öffentliche Bestrafung des Verbrechens der Tödtung in Verbindung desselben mit andern Verbrechensgattungen von ganz verschiedener Natur an[105]). Allein die Folgerungen aus diesen Sätzen, die Martin zieht, können wir ihm nicht zugeben, so wenig als den Satz, daß der Begriff des Verbrechens nach gemeinem Rechte in Uebereinstimmung der Carolina mit dem römischen Rechte, nur auf Vergehungen zu beschränken sey, die mit öffentlicher Strafe bedroht seyen[106]). Wir müssen dies namentlich in Beziehung auf Tödtung bestreiten, aber wir müssen dabei auch erwähnen, daß wir mit Martin nicht einverstanden seyn können, wenn er glaubt, nur durch Unterscheidung des Rechts auf Bestrafung vom Recht auf Benutzung einer Strafe könnten öffentliche und Privatstrafen mit Sicherheit geschieden werden[107]), daß wir vielmehr die Begriffe der Römer von öffentlicher und Privatstrafe, wie Martin selbst gewissermaaßen thut[108]), in Zusammen-

105) Martin's Lehrbuch §. 115. §. 96 not. 9. §. 106. Die vollständige Literatur der Streitfrage, ob die römischen Privatstrafen noch anwendbar seyen, sehe man bei Wächter in seinem Handbuche Th. I. §. 210.

106) §. 14. des Lehrbuchs.

107) §. 98 Note 5.

108) Vgl. §. 95. den Satz: alle öffentlichen Strafen gehören in der Regel zu den Criminalstrafen, welcher aber, wie noch zu zeigen ist, als falsch sich erweist, wenn man unter öffentlicher Strafe die auf öffentliches Einschreiten d. h. von Obrigkeits wegen geforderte Strafe versteht. Auch ist es das Gericht nicht allein, welches jenen Unterschied bestimmt, sondern mehr die Strafe an sich und der §. 97. vorkommende Satz: die äußerste Civilstrafe bezeichne zugleich die niedrigste Criminalstrafe, ist wenigstens nach dem System der

hang bringen zu können meinen mit dem ursprünglich römischen Unterschied zwischen *civiliter* und *criminaliter agere*, und daß wir dem gemäß uns hier berechtigt halten, anzunehmen, die peinliche Halsgerichtsordnung habe nicht nur allein mehrere römische Grundsätze von peinlicher oder criminneller Bestrafung einiger Arten des Verbrechens der Tödtung, nachdem sie besonders in Ländern fränkischen Rechts schon lange vorher durch die Praxis eingeführt worden, sondern auch römische Grundsätze von der civilen oder bürgerlichen Bestrafung einzelner Arten der Tödtung ausdrücklich bestätigt, um so mehr, da diese Grundsätze fast ganz analog denjenigen sind, auf welchen in ältesten Zeiten das ganze germanische System von der Bestrafung der Tödtung beruhte, und da schon lange vor und noch zur Zeit der Carolina selbst, nicht nur in fränkischen, sondern selbst in friesischen Ländern, die Bestrafung der Tödtung, die allein noch auf rein germanischem Systeme beruhte, d. h. allein noch nach dem germanischen Wehrgeldsysteme Statt fand, als eine bürgerliche Bestrafung angesehen, ja sogar allgemein mit diesem Worte bezeichnet wurde, nach Analogie des römischen Rechts!

Carolina falsch. Man vgl. noch Martin's Lehrbuch des Criminalprocesses; Heidelberg 1831. 3te Ausg. §. 1 u. 18. Feuerbach §. 22. 26. 136. 495 u. f. scheint sowohl Civil- als Criminalstrafen zu öffentlichen und neben diesen doch auch noch Privatstrafen anzunehmen. Auch in dieser Hinsicht kann ich mit ihm nicht übereinstimmen, wie der Verfolg dieser Abhandlung zeigen wird.

Wird dieser Satz in seiner Richtigkeit anerkannt, so ergiebt sich von selbst, daß die oben aus Martin [109]) angeführten Sätze Berichtigung fordern, so wie manches im ähnlichen Sinn von andern Criminalisten Behauptete.

Jaucke stimmt mit Martin, obschon er sonst eine entgegengesetzte Richtung nimmt, darin überein, daß er behauptet, das deutsche Recht gehe in der Lehre von der Tödtung von andern Grundsätzen aus, als das römische. Dies ist richtig, so weit man es vom ältesten deutschen Rechte, und vom römischen Rechte in so fern versteht, als nach demselben wegen Tödtung eine *actio criminalis*, und zwar entweder *ex lege judiciorum publicorum* oder *extra ordinem* Statt findet. Von der *actio civilis* oder *privata* aber nach der Lex Aquilia und von den Fällen, wo *pecuniarie* wegen Tödtung aus dem Edictum Aedilitium geklagt werden konnte, läßt sich mit geringer Einschränkung dasselbe sagen, was Jaucke weiter vorträgt: „nach deutschem Recht trage die Lehre von der Tödtung einen rein privatrechtlichen Charakter, das Leben des Menschen sey wie jedes andre Gut zu einem gewissen Preise angeschlagen, dabei werde auf des Thäters Willensbestimmung so wenig gesehen, daß auch die in gerechter Nothwehr verübte, so wie die rein zufällige Tödtung gebüßt

109) Auch das §. 106. Gesagte, die Lex Aquilia bezwecke vorzugsweise den Schadensersatz, ist streng genommen auch von andern *actionibus privatis ex delicto*, selbst wenn sie *poenales* waren, und in gewisser Hinsicht selbst vom deutschen Wehrgeld zu sagen, und daß die Lex Cornelia die öffentliche Bestrafung der Tödtung nach einer von der C. C. C. so abweichenden Grundansicht anordnet, ist noch weniger zuzugeben.

werden müsse, es verstehe sich sonach von selbst, daß lediglich vom eingetretenen Erfolg der That die Strafe abhänge." [110]) Ja sogar die Bestrafung der Tödtung aus bloßem Zufall ist dem Principe nach nicht viel verschieden von dem römischen Rechtssatz, nach welchem gegen den Bewohner eines Zimmers, aus dem etwas geworfen wurde, das den Tod eines Menschen verursachte, eine *actio poenalis* gegeben wurde. Ueberdies mögen die altdeutschen Gesetze zuweilen vom *casus* in eben dem Sinne als die römischen reden, und darunter nicht bloßen Zufall verstehen, und was das Wehrgeld wegen Tödtung in Nothwehr angeht, so ist zu bemerken, daß dies auch in fränkischen Ländern, nicht blos in sächsischen, friesischen und wendischen Statt hatte, in jenen aber schon früh, und zwar auch wieder durch Einwirkung des römischen Rechts außer Uebung kam [111]).

In gewisser Hinsicht gehen wir noch weiter als Jarcke, indem wir den Satz läugnen: vom alten Compositionensystem komme in der C. C. C. keine Spur mehr vor, und wir hoffen dies in der Folge näher nachzuweisen. Wenig consequent aber ist es, wenn man diesen Satz annimmt, und die gänzliche Umänderung der Lehre von der Tödtung so wie die Einführung stren-

110) Handbuch Th. III. S. 192.

111) Man vgl. die in Note 96. citirte, mit den Glossen zum Sachsenspiegel übereinstimmende Stelle des Klever Stadtrechts und C. C. C. art. 139, von dem schon oben §. IV. die Rede war. In der Lex terrae Francae von 1190 aber hieß es noch: „Nihil *forefaciet* is qui defendendo corpus occidit, sed occisum debet *reconciliare*." Der Satz könnte aber auch von dem Fall des Art. 145. C. C. C. verstanden werden.

gerer Strafen dem Einflusse des mosaischen und römischen Rechts zuschreibt, dennoch zu behaupten: „die deutsche gemeinrechtliche Lehre von der Tödtung bilde ein selbstständiges System, wie es bereits in der C. C. C. vorliege, und die Lehre vom Todtschlag insbesondre könne nur aus dem deutschen Recht abgeleitet werden und sey im System der C. C. C. weder dem entschieden dolosen Mord, noch viel weniger den culposen Arten der Tödtung beizurechnen." [112]) Dies ist eben so wenig gegründet, als der Satz, die C. C. C. sey bei der criminellen Bestrafung des Verbrechens der Tödtung von einer dem römischen Rechte durchaus entgegengesetzten Ansicht ausgegangen [113]). So wenig ferner Thatbestand und Begriff der einzelnen Arten der Tödtungen, welche die C. C. C. bestraft, aus eigenthümlichen deutschen Rechtsansichten hergenommen ist, so wenig ist der Hauptunterschied der Tödtungen selbst, wie er in der C. C. C. vorliegt, aus dem ältern deutschen Recht genommen, und das bereits darüber oben Gesagte beweist schon, daß den Römern dieser Unterschied wohl bekannt war [114]). Es liegt auch an sich schon ein Widerspruch in der entgegengesetzten Behauptung, nach welcher der Unterschied zwischen Mord und Todtschlag, der sich doch nach dem Willen Karls V. meistens auf die verschiedene Art der Willensbestimmung bezieht, als rein dem ger-

112) Handb. Th. III. S. 196. S. 194—195. S. 543—544. Vgl. oben Note 62. und dazu den Text.

113) Vgl. oben Note 109.

114) S. oben §. V. besonders Note 55. Wir werden dies aber, wie gesagt, anderwärts ausführen. Dagegen sehe man Jarcke S. 345 u. f. und Roßhirt Lehrb. S. 306.

manischen Recht angehörend dargestellt wird, während dies doch von aller Rücksicht auf die Willensbestimmung abstrahirt haben soll! Die Benennungen von Mord und Todtschlag kannte der Römer freilich nicht [115]), so wenig als er die damit im ältesten germanischen Recht verbundenen Bedeutungen unterschied, denen zufolge Mord die heimliche, Todtschlag die offene Tödtung bezeichnete. Aber sobald einmal, was in Ländern fränkischen Rechts und in allen, wo römisches Recht größern Einfluß hatte, lange vor der Carolina geschah, als Mord die überlegte Tödtung überhaupt von den übrigen Arten der Tödtung, die man alle unter dem allgemeinen Namen von Todtschlag bis zur Carolina begriff [115a]), unterschieden

115) Jarcke a. a. O. Indessen hat er selbst in Hitzig's Zeitschrift H. VII. S. 130. behauptet. Der Ausdruck *sicarii* habe sich bei den Römern nur auf Meuchelmörder bezogen, und schon der von ihm S. 137. citirte Tengler bezieht ihn nur auf Mörder, d. h. auf solche, die mit Ueberlegung und Vorbedacht tödten. Wenn also die Römer die *sicarii* von den übrigen *homicidae* unterschieden, so liegt darin etwas Aehnliches als in der Unterscheidung zwischen Mörder und Todtschläger vor der C. C. C., ja der oft statt Todtschlag gebrauchte Ausdruck Manschlag kommt sogar etymologisch mit *homicidium* überein. Vgl. jedoch oben Note 58 und die folgende Note.

115a) Daß selbst der Mord ein Todtschlag genannt wurde, haben wir schon oben §. IV und V. nachgewiesen, besonders Note 45. 55. mit Verweisung auf Salwechter, Tengler, die Utrechter Statuten und das Landrecht des alten Landes bei Dreyer. Auch haben wir aus Salwechter gezeigt, daß dieser Schriftsteller schon eine engere Bedeutung von Todtschlag wohl anzunehmen scheine, aber doch auch anderwärts so die fahrlässige Tödtung nennen. Die Tyroler Landesordnung von 1499 und die Rudolphzeller Gerichtsordnung von 1506. §. 21. sprechen ebenfalls noch nicht blos von Todtschlag der mordtlichen geschieht, sondern auch von ungeverlichen Todts-

den ward, wich ja gerade das germanische Recht von seiner eigenthümlichen Ansicht ab, und nahm eine römische Strafansicht, nämlich die Art der Willensbestimmung zur Bestimmung der höheren Strafe an. Daß das römische Recht auch selbst zur Aenderung dieses Begriffs die Veranlassung gab, ist nicht zu bezweifeln, ja es ist viele Wahrscheinlichkeit vorhanden, daß die strengere Bestrafung des Mordes selbst in seiner ursprünglichen Bedeutung dem Einfluß des römischen Rechts zuzuschreiben sey [116]). Auch ist dabei nicht zu übersehen, daß in dieser älteren Bedeutung die heimliche Begehung oder das Verhehlen der Tödtung selbst oft gewissermaßen als Beweis oder Vermuthung des bösen Vorsatzes und der Ueberlegung angesehen werden mochte, wenigstens nur als etwas, was nebst dem bösen Willen zum Begriff des Mordes erforderlich sey. Von jenem finden sich selbst in der p. H. O. Karls V. noch Spuren [117]), und was dies angeht, so ist wenigstens soviel gewiß, daß von der Zeit an, als Mord mit dem Tode bestraft wurde, gewiß zum Thatbestand und

---

Todtschlag. Erst die Bambergensis und Brandenburgensis beschränkten den Gebrauch des Worts gleich der C. C. C. Vgl. oben Note 57. 58.

116) Dies geht besonders hervor aus den Gesetzen von Heinrich I. über das *propinquos interficere per cupiditatem* und aus dem Gesetze von Heinrich II. über *veneficium* und andre Arten *furtivae mortis*, denen Todesstrafe gedroht wurde. Vgl. Canciani leges Barb. Vol. I. p. 235. 238. und Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatrechts. Landeh. 1830. Th. I. S. 28. Note 5.

117) Art. 131. „So eyn Weibsbild eyn Kindlein also heimlich tregt auch mit willen allein .... gebirt .... so ist deshalb kein glaublicher ursach, dann das dieselbig mutter durch boßhaftigen fürsatz vermeynt" u. s. w.

Begriff des Verbrechens das heimliche oder verhohlne Begehen nicht an sich für genügend gehalten, sondern nebst dem noch Vorbedacht und Ueberlegung gefordert wurde, was man bei Salwechter sowohl als in den alten Utrechter Statuten sehen kann [118]). Mit den Bemühungen für Einführung des ewigen Landfriedens und Vertilgung des Faustrechts hing es zusammen, daß man allmählig jede Tödtung mit Vorbedacht dem Morde gleichzustellen versuchte, und so erhielt das Wort Mord selbst einen nicht sowohl veränderten als vielmehr erweiterten Begriff, den wir erst in der C. C. C. und ihren unmittelbaren Quellen mit Bestimmtheit finden [119]). Auch verdient die Ansicht neuerer und älterer Schriftsteller einige Betrachtung, welche für die ursprünglichste Bedeutung von mordlicher Entleibung diejenige hal-

118) Vgl. oben §. IV und V. Nach jenem ist es Mord, wenn jemand mit Absicht oder Willen, um Geldes oder andrer Sach willen heimlich jemandt tödtet, nach diesen aber wird ein verhohlner mit Vorbedacht und meuchlings begangner Todtschlag Mord genannt. Merkwürdig ist es, daß als Grundlage von Salwechter's Definition die in Note 116. angeführten Reichsgesetze erscheinen.

119) In frühern Rechtsquellen z. B. einem Oberyssseler Landsbrief von 1478. art. 56. hieß es blos: nebst den Mördern sollten auch Todstrafe leiden die Todtschläger *mit opsat en ende voirlage*, und auch Salwechter, nachdem er die in Note 118. erwähnte Definition von Mord gegeben cap. 82, sagt cap. 103, hinsichtlich des Asylrechts würden Mördern gleichgeachtet diejenigen, die *mit opset en willens een vermetelyken dootslag* thun. So ist es auch wohl zu nehmen, wenn in der Tyroler Landes- und Radolphzeller Gerichtsordnung erst von Strafe des Mordes und dann des Todtschlags der mordlichen geschieht die Rede ist.

ten, nach welcher darunter die todeswürdige Tödtung verstanden worden sey [120]).

§. X.

Lange Zeit war in Deutschland der Mord allein in seiner engeren oder weiteren Bedeutung ein peinliches Verbrechen, denn die im buchstäblichen Sinn peinliche Strafe bestimmte diesen Begriff, und wo blos Wehrgeld die That büßen oder selbst auch Geldbuße von dem Richter von Amts wegen eingefordert werden konnte, fiel jener Begriff weg, und es trat nach älteren deutschen Ansichten, denen auch, wie noch bewiesen werden soll, die Carolina beitrat, der Begriff einer bürgerlichen Missethat ein. Vorläufig will ich nur auf das älteste deutsche Rechtsdocument, in dem die Ausdrücke *mortificatio* und *doutslage* im Gegensatz vorkommen, auf die *Lex terrae francae* von 1190 aufmerksam machen, wo es bei Tödtungen, die blos Wehrgeld zu Folge hatten, hieß: non *forefaciet* is qui occidit, sed occisum debet *reconciliare* [121]), und dann auf die Hauptstelle in einem von Herzog Georg

120) Vgl. über die Begriffe von *mord* und *mordbrant* die gelehrten Anmerkungen von Van Eerde zum Groninger Stadtbuch in den Groninger Verhandelingen Vol. V. p. 255 — 279.

121) Vgl. oben Note 111, ferner die Stellen des Klever Stadtrechts in Note 96: „Doitschlachte sonder opsait und vorsichtigkeit betailt man myt wergelt." Er war also blos bürgerliche Missethat, obgleich er damals auch in Kleve wie in Utrecht schon viel früher *ex officio judicis* verfolgt werden konnte. Ueber den Begriff von *forisfactum* als peinlichem Verbrechen ist zu vergleichen Mittermaier Strafverfahren. Heidelb. 1827. Einleitung §. 5. Man vgl. auch oben Note 57.

von Sachsen im J. 1504 den Westfriesen gegebenen Landrechte, worin erst dem Morde nach Kaiser- und Sachsenrecht ohne Nachlaß der Tod gedroht wird, und dann in Hinsicht auf alle andere Tödtungen oder Todtschläge ohne weiteren Unterschied, verordnet wird, daß jener, wahrscheinlich nach Beschaffenheit der Umstände, von Kläger und Richter der Thäter peinlich oder auf seinen Hals angeklagt werden, aber auch mit des Klägers und Richters Willen die That mit Geld gezahlt und gebessert, oder die Missethat *civiliter* d. i. bürgerlich gemacht werden könnte. Wir werden auf diese Stelle zurückkommen und zeigen, daß nicht nur allein mit dieser Theorie die p. H. G. O., sondern auch der bekannte Leipziger Schöffenspruch aus einer der p. H. G. O. nahen Zeit, ja noch das heutige preußische Recht zwar nicht in seiner Scheidung der Polizeivergehen, aber in seiner Scheidung der auch Civilstraffälle genannten fiskalischen Straffälle im Wesentlichen zusammenstimmen [122]).

Die letztgenannte Stelle des Westfriesischen Landrechts von 1504 beweist zugleich, und zwar noch besser als eine ähnlich lautende Stelle des Ostfriesischen von 1515 [123]), wie nach und nach bei absicht-

---

122) Vgl. Richter Handbuch des Strafverfahren in den preuß. Staaten. Königsb. 1850. Th. I. S. 172. §. 415 giebt auch ganz richtig den Ursprung des fiskalischen Prozesses aus dem Verfahren bei den dem Fiscus zufallenden Brüchten an, irrt aber, wenn er glaubt, daß diese auf dem Wege des Civilprozesses erfolgende Ermittlung fiskalischer Strafen erst nach dem Verschwinden des Anklageprozesses aufgekommen sey.

123) Vgl. Jarcke in Hitzig's Zeitschrift. Hft. VII. S. 159.

lichen Tödtungen das Lösen des Halses erschwert wurde, das übrigens ungeachtet des Gebotes im Sachsenspiegel[124]) „die den man slat, den sal man dat hovet abslan" in der Praxis noch bis zur C. C. C. ja noch später erlaubt war. Man sieht ferner daraus, daß eben jenes Bestreben, außer dem Mord noch jede andre absichtliche Tödtung von einer blos bürgerlichen Mißthat zur peinlichen zu machen, wieder durch Einfluß des römischen Rechts und zwar aus der darin ausgesprochenen Maxime entstanden ist[125]), gegen Delicte, die früher blos vor das *judicium privatum* gehörten, die Wahl zu lassen, ob man *civiliter et pecuniarie* oder *extra ordinem criminaliter* klagen wolle[125]). Bedenkt man ferner, daß die Verbreiter des römischen Rechts es sich angelegen seyn ließen, nach und nach jede absichtliche Tödtung für Mord zu erklären[126]), so

124) Bd. II. Art. 15. §. 5. Dies war also so zu nehmen, als ob dabei stünde: wenn er den Hals nicht löst gleich dem *ni cum eo pacit* der XII Tafeln. Nach Salwechter Kap. 105. sollte man fast glauben, hinsichtlich der Urheber absichtlicher aber nicht vorsätzlicher Tödtungen habe in Deutschland in alter Zeit etwas Aehnliches Statt gehabt, als Hume von Schottland berichtet, daß nämlich Todtschläger *in chaude melle*, wenn sie zu einer Kirche flüchteten, sich von Todesstrafe befreien konnten. So heißt es nun auch bei jenem Schriftsteller, gleich den Mördern könnten auch die, welche mit Vorsatz und Willen einen vermessenen Todtschlag gethan, keinen Anspruch auf die Freiheit der Kirche machen. Der letzte Ausdruck ist aber nicht von jeder absichtlichen, sondern nur von vorbedachter Tödtung zu verstehen, wie das *communicato consilio et ausu temerario* in den Capitularien.

125) L. ult. D. de privat. delictis.

126) Vgl. die in Not. 96. citirte Stelle des Klever Stadtrechts, welches sogar mit wörtlich übersetzten Stellen des

kann man es auch nicht bezweifeln, daß Karls V. bestimmte und unbedingte Drohung peinlicher Strafen gegen jede absichtliche Tödtung, wovon vielleicht vor Karl V. kein Beispiel sich finden dürfte, ebenfalls dem Einfluß des römischen Rechtes zuzuschreiben sey. Der Gesetzgeber wollte übrigens nicht, daß alle absichtlichen Tödtungen gleich gestraft würden, und auch daran läßt sich nicht zweifeln, daß die deßhalb von ihm zwischen Mord und Todtschlag gemachte Unterscheidung nicht minder aus dem Einflusse römischer Rechtsansichten entstanden ist, obgleich der Gebrauch des Wortes Todtschlag in seiner Beschränkung auf die nach römischen Begriffen gesetzlich ausgezeichnete Tödtung aus Jähheit und Zorn lediglich einer, übrigens durch gute psychologische Gründe geleiteten legislativen Willkür zuzuschreiben ist. Auch verdient bemerkt zu werden, daß, wenn gleich die peinliche Bestrafung jeder absichtlich begangenen Tödtung durch Einfluß des römischen Rechts nach und nach bewirkt wurde, dennoch die Todesstrafe selbst für die aus Jähheit begangene Tödtung mehr dem Einflusse des mosaischen Rechts zugeschrieben werden muß. Man wird sich der biblischen Stellen in den Capitularien sowohl als dem Schwabenspiegel erinnern, nach welchen jedem absichtlichen *homicida* das *morte moriatur* gedroht wurde, obschon vor der C. C. C., wie bereits gesagt, dies keinen Erfolg hatte [127]), außer etwa da,

römischen Rechts beginnt. Man vgl. auch oben Note 57. 26. 119.

127) Die Tyroler Landesordnung von 1499 und die Rudolphzeller Gerichtsordnung von 1506 droht zwar auch wie die Carolina den Todtschlägern das Schwert, aber der Aus-

wo durch den Einfluß der Romaniſten jede *dolo malo* begangene Tödtung für Mord erklärt worden war, wie im Klever Stadtrecht [128]). Ganz beſonders aber zeigt den Zuſammenhang der Dinge und den Grund der Beſtimmungen der C. C. C. der *Criminal-Tractaet* von Salwechter. Ausdrücklich erklärt derſelbe mit Berufung auf römiſches Recht die *impetu ebrietatis* ſowohl als *impetu iracundiae* begangenen Tödtungen zwar für peinlich ſtrafbare, aber nicht für todeswürdige Verbrechen, ſcheint aber in letzter Rückſicht zur Ausſchließung der Todesſtrafe irgend eine *juſta cauſa* zu fodern, durch welche der *impetus* hervorgebracht worden, in deren Ermangelung nach ſeiner Meinung Todesſtrafe eintreten muß, zu deren Rechtfertigung jedoch er ſich nicht auf römiſches, ſondern göttliches Recht beruft, und, was merkwürdig iſt, auf allgemeine Gründe! Wer abſichtlich tödte, ſtöre die menſchliche Conjunction und Proprietät, die von der Natur angeordnet ſey, und verletze, da der Menſch nach Gottes Ebenbild geſchaffen ſey, die göttliche Allmacht ſowohl als gemeine Wohlfahrt.

---

druck: ſie ſollten nit ſo liderlich begnadt werden, zeigt, daß Löſung des Halſes immer noch möglich war, wie die *Remiſſie* nach niederländiſchen von Karl V. ſelbſt gegebenen Geſetzen. Auch iſt in jenen Ordnungen Maximilians I. von Todtſchlägen die Rede die mordlichen geſchehen, was indeſſen nicht blos den Vorbedacht bedeuten, ſondern auch auf tödtliche Waffen ſich beziehen kann. Vgl. Archiv Bd. XII. Hft. 5. S. 427. Note 80.

128) Vgl. Note 126. Darauf bezieht ſich vielleicht auch C. C. C. art. 137. in den Worten: „aber nach gewonheit etlicher Gegend werden die Mörder und Todtſchläger einander gleich mit dem rad gericht."

Gleichwohl aber will auch Salwechter eine höhere Bestrafung des Mordes und sucht diese höhere Todesstrafe durch Stellen römischer Gesetze zu rechtfertigen, bemerkend, daß nach Gewohnheit deutscher Lande das Rad Strafe der Mörder sey, wogegen für den unmittelbar darnach im nämlichen Kapitel abgehandelten Vatermord als Strafe die *poena culei* angegeben wird [129]).

Es scheint mir also auf keine Weise zu bezweifeln zu seyn, daß nach und nach durch Einfluß des römischen Rechts jede absichtliche Tödtung einer peinlichen Bestrafung unterworfen, und diese Ausdehnung des Gebiets der criminellen Bestrafung erst durch die p. H. G. O. vollendet worden sey. Ja dies Gesetz ging noch weiter, indem es, auch mit Verweisung auf römisches Recht, sogar die aus Geilheit und Unvorsichtigkeit begangenen Tödtungen zu peinlichen Verbrechen machte [130]), jedoch nur in so weit, als sie schon nach römischem Rechte *criminaliter* verfolgt werden konnten. Da nun aber dies, wie noch näher zu erörtern ist, nach römischem Rechte keineswegs bei allen culposen Tödtungen der Fall war, und die Praxis zur Zeit Karls V. dergleichen Handlungen allgemein noch dem Wehrgelde gegen den Verletzten sowohl als einer Geldbuße gegen die Obrigkeit unterwarf, wodurch die That in beider Hinsicht eine bürgerliche Missethat hieß, nach Analogie

129) Cap. 82, das dem Art. 157 C. C. C. entspricht. Sonst ist zu vergleichen cap. 77. 78. 86. 92. 95 u. f. Man sehe oben §. V. besonders Note 54 u. 55.

130) Vgl. oben §. VI.

der römischen *actio civilis*, die ja auch entweder *privata* oder *popularis* seyn konnte; so geht hieraus als nothwendige Schlußfolge hervor, daß nach Karls V. Absicht gewisse Arten culposer Tödtungen nur *civiliter* und *pecuniarie*, aber bei der nicht leicht mehr anwendbaren *poena legis Aquiliae* oder andrer römischen Geldstrafen, bürgerlich im Sinne des alten bis zu Karls V. Zeit praktisch gebliebenen Buß- und Wehrgeldssystems gestraft werden sollten. Das alte Wehrgeld bei Nothwehr hatte in Ländern fränkischen Rechts durch Einfluß des römischen ohnehin schon aufgehört, und so verordnete auch Art. 139. allgemein, der Todtschläger in rechter Nothwehr sey Niemanden etwas schuldig, während im Falle des Art. 145. blos von Erlassung der peinlichen Strafe die Rede ist. Die Praxis ist eine Zeitlang bis zu Carpzov dem wahren Sinn der C. C. C. treu geblieben, aber die neuere Praxis ist zum Theil durch Einwirkung philosophischer Ansichten und ein in neueren Zeiten Mode gewordenes Generalisiren, zum Theil durch die veränderte Gerichtsverfassung, wodurch der Begriff des bürgerlichen Verbrechens, weniger als es noch in dem bekannten Leipziger Schöffenausspruch liegt, von der Competenz des Gerichts abhängig wurde, von jenem Grundsatz abgewichen, und hat nicht nur allein der in der Carolina ausdrücklich noch genannten Buß und Besserung andre Strafen substituirt, sondern auch gegen den Sinn des Gesetzgebers die culpose Tödtung allgemein zum peinlichen Verbrechen gemacht.

Dies wird in der Folge noch näher erörtert werden, und diejenigen, die der Praxis nicht die Kraft einer Rechtsquelle einräumen wollen, müßten consequenter

Weise nach dem bisher Gesagten in einem System des gemeinen Rechts die Tödtung entweder nach dem altdeutschen Wehrgeldsystem als bürgerlich, oder nach dem durch die peinliche Halsgerichtsordnung sanctionirten und modificirten römischen Strafsystem als peinlich strafbar darstellen. Immer aber ist es falsch zu sagen, wie vor Kurzem Jarcke [131]) gethan hat, die Tödtung sey in Deutschland von jeher als ein selbstständiges von andern Missethaten scharf gesondertes Verbrechen hervorgehoben worden, während im römischen Rechte das Cornelische Gesetz nur eine Reihe von Handlungen umfaßte, die nur das mit einander gemein haben, daß sie die Sicherheit des Lebens und Eigenthums bedrohen, oder zur Zeit, wo jenes Gesetz erlassen wurde, häufig vorfielen. Da auch der gründliche und achtungswürdige Praktiker Martin [132]) eine der letzten Behauptung ähnliche vorträgt, und daraus, daß die Lex Cornelia de sicariis wohl die öffentliche Bestrafung des crimen homicidii anordne, allein in einer Verbindung desselben mit andern Verbrechensgattungen verschiedener Natur, gewisse praktische Folgerungen zu ziehen geneigt zu seyn scheint, so finden wir uns um so mehr veranlaßt, über diesen Punkt einige Bemerkungen vorzutragen, die zugleich als Einleitung dienen können zur folgenden Entwicklung der gemeinrechtlichen Grundsätze von der Bestrafung der fahrlässigen Tödtung, in Verbindung mit der Vielen so trostlos scheinenden Lehre vom gemeinrechtlichen Unterschied zwischen Civil- und Criminalverbrechen. Wir

131) Handbuch Th. III. S. 189 u. f.

132) Lehrbuch §. 106.

Hoffen dabei zeigen zu können, daß auch hierin die Grundsätze der P. H. G. O. Karls V. denen des französischen Rechts, namentlich dem Grundsatze nicht so fern stehen, nach welchem *assassinat* und *meurtre simple* als *crimes*, dagegen *meurtre excusable* und *homicide involontaire* nur als *delits* verfolgt und bestraft werden können, gewissermaßen ohne Rücksicht auf die Competenz der Gerichte.

(Der Schluß folgt.)

XVI.

Einiges

über das Verbrechen der gefährlichen Verlassung und Aussetzung eines Menschen nach deutschem gemeinen Criminalrecht.

Von

Herrn Hofgerichtsadvokat Bopp

in Darmstadt.

Der Verfasser dieser Zeilen theilte im achtzehnten Heft von Hitzig's Annalen der deutschen und ausländischen Criminalrechtspflege S. 316—318 einen, von ihm gedrängt bearbeiteten, Rechtsfall aus der Rechtspflege des großherzoglichen Hofgerichts in Darmstadt: „Gefährliche Verlassung eines Kindes" mit. Ein achtzehnjähriger Bauernpursche erhielt von der Großmutter eines unehelichen Kindes von viertehalb Jahren, welches diese bisher verpflegt hatte, den Auftrag, dasselbe seiner Mutter, welche in einem benachbarten Dorfe als Magd diente, zur weitern Verpflegung und Erziehung zuzuführen, mit der strengen Weisung, es bei seiner Mutter zurückzulassen, auch wenn diese sich weigere, es zu sich zu nehmen. Wirklich weigerte sich diese Person dessen und wies den Führer des Kindes an, es zurückzubringen, weil ihre Dienstherrschaft das Beisich-

behalten desselben nicht gestatte. Zugleich wurde er von dieser Dienstherrschaft hart angegangen. Sowohl hierdurch eingeschüchtert, als in Furcht vor dem schlimmen Empfang, wenn er das Kind zurückbrächte, faßte der Junge den Entschluß, dasselbe auf seinem Rückweg, der durch einen ausgedehnten, von Menschen wenig besuchten, Wald führte, in demselben zurückzulassen. Er führte ihn aus und verließ das Kind mitten im Wald in der Nähe von Steinbrüchen, so, daß es sowohl darum, als, weil es zu einer Jahreszeit (8. März) geschah, in der Nachtfröste noch häufig sind, in große Gefahr gesetzt wurde. Durch zufällig in die Nähe kommende Leute wurde es noch denselben Tag aufgefunden und so gerettet.

Großherzogliches Hofgericht ging bei Erlassung des Straferkenntnisses, welches unter Berücksichtigung mehrerer Milderungsgründe, besonders der Jugend und Beschränktheit der Geisteskräfte, auf eine Correctionshausstrafe von drei Monaten sprach, davon aus: in der Handlung des Angeschuldigten lasse sich, den Umständen nach, dessen Einwilligung erkennen, daß das von ihm verlassene Kind entweder an seiner Gesundheit gefährdet werde, oder ums Leben komme, wiewohl sich darin nicht die, darauf gerichtete, Absicht erkennen lasse. Es ließ sich dabei von der Theorie Tittmanns:

> Handbuch der Strafrechtswissenschaft. 2te Aufl. Halle 1822. Bd. 1. Kap. 7. „Von der gefährlichen Verlassung u. Aussetzung der Menschen, insbesondre der Kinder" §. 201.

und der Ansicht leiten, daß, bei dem Mangel eines besondern Strafgesetzes, unter welches sich die Handlung des Angeschuldigten stellen lasse, der Artikel 132. der Carolina, welcher die Aussetzung des Kindes durch dessen

Mutter verpöne, analog anzuwenden sey. Zwar habe der Gesetzgeber in diesem Artikel nur das besondre Pflichtverhältniß der Mutter zu ihrem Kinde im Auge, wodurch sie zur besondern Sorgfalt aufgefordert sey; allein der Angeschuldigte habe sich gleichfalls durch Uebernahme des Auftrags, das Kind seiner Mutter zuzuführen, zur besondern Sorgsamkeit und Obhut, eine Pflicht, welche er durch die Versetzung desselben in eine hülflose Lage so gröblich verletzt habe, verbindlich gemacht.

So wie sich nicht selten der Fall ereignet, daß der auf das gemeine deutsche Criminalrecht verwiesene Richter in Verlegenheit ist, nach welchen Normen er erkennen soll, so befand sich auch der, in der eben gedachten Untersuchungssache zur Erkennung berufene Gerichtshof in dieser Lage [1]). Das gemeine Recht schweigt von einem besondern Verbrechen der gefährlichen Verlassung eines Menschen und von einer diese Handlung bedrohenden Strafe, indem es blos den ganz speciellen Fall der Verlassung eines Kindes durch seine Mutter mittelst Aussetzung desselben zum besondern Verbrechen erhebt. — So muß die Wissenschaft zur Erkenntnißquelle werden.

Wirft man einen Blick auf die Literatur, so ist diese sehr dürftig ausgestattet, indem bei weitem die meisten Criminalisten eines solchen Verbrechens gar nicht gedenken [2]). Unter den ältern Criminalisten ist J. H. Ber-

1) Im Großherzogthum Hessen gilt das deutsche gemeine Strafrecht. S. Hitzig's Annalen der Criminalrechtspflege Heft 18. „Einiges über die Gerichtsverfassung und das Verfahren in Strafsachen im Großherzogthum Hessen §. 2. S. 290." Die Partikulargesetzgebung giebt gleichfalls keine Norm.

2) Tittmann sagt in der Note g. zum § 201. „Gewöhnlich wird diese verbrecherische Handlung" (der gefährlichen

ger fast der einzige, welcher den Gegenstand berührt, indem er eines bestimmten Rechtsfalls Erwähnung thut [3]). J. S. Fr. Böhmer berührt ihn gleichfalls im Vorbeigehen, indem er sich auf jenen, von Berger erzählten Rechtsfall bezieht [4]).

Verlassung oder Wegsetzung) „in den Systemen gar nicht besonders aufgestellt", indem er hinzufügt: „Sie muß es aber aus demselben Grunde, aus welchem die Aussetzung der Kinder bisher besonders behandelt ist."

3) Supplementa ad Electa Jurisprudentiae criminalis. Pars II. Lipſ. 1728. Obſerv. CXXIV: „Homicidium culpoſum, idemque culpa lata commiſſum intelligitur etiam eo caſu perpetratum, cum mulier mendicum, eumque claudum et aegrotum, in alium vicum ſuscepit vehendum, quem, cum in altero vico homines non recepiſſent, in ſilvam reduxit, eundemque in nivem cum ſtramine et aſſeribus detorſit, quo facto ipſa cauſam mortis dedit. Igitur ei mulieri recte fuſtigatio dictata fuit a Collegio Facultatis Vitembergenſis — „Hat Inquiſitin Maria in Güten bekannt und gestanden, daß, wie sie am andern Ostertage des 1685. Jahres von dem Richter zu Fevers geheten worden, einen alten lahmen Bettler Namens Beatum auf ein ander Dorf zu führen, sie denselben anfangs nach Trient geführt, wie sie aber daselbst ihn nicht annehmen wollen, wären sie wieder zurück über Feld in Caji zu N. Holz gefahren, allwo sie gedachten alten Bettler und kranken Mann vom Schlitten sammt dem Stroh und Bretern geworfen, darauf derselbe auch an diesem Orte verstorben und also von den N. Gerichten aufgehoben und begraben worden. — Dafern nun Inquisitin bei diesem ihren freiwillig gethanen Bekenntniß nochmals vor Gericht beständig verbleibt, so ist dieselbe wegen solcher Begünstigung mit Staupenschlägen des Landes ewig billig zu verweisen. V. R. W."

4) Medit. ad Conſt. Crim. Carol. ad art. 132: „vera eſt expoſitionis ſpecies, quam exhibet Berger. P. II. Obſ. CXXIV. de muliere, quae mendicum eumque claudum ac aegrotantem in vicum vehendum ſuscepérat et ibidem in nivem cum ſtramine et aſſeribus detorſit." — Wächter Lehrbuch des Nö-

Der zweite Band dieses Archivs theilt S. 632—634: „Merkwürdiger Fall einer Kindesaussetzung" einen verwandten Rechtsfall mit. Der Eigenthümer eines Hauses ließ ein ganz kleines Kind, welches den Abend vor seiner Hausthüre ausgesetzt gefunden worden war, noch denselben Abend vor das Haus eines ihm gegenüber wohnenden Nachbars tragen. Dieser fand aber das Kind am nächsten Morgen starr und todt.

Tittmann hat zuerst in der ersten Auflage seines Handbuchs den Gegenstand ex professo ins Auge gefaßte. Ihm folgte Salchow Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts (3te Auflage. §. 243. 244.); Henke Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. §. 311. 5); Roßhirt Lehrbuch des Criminal-

---

mischen Deutschen Strafrechts Bd. 2. §. 177. S. 195. Not. 85: „Böhmer — hält das Verlassen eines jeden Hülflosen oder das Versetzen desselben in einen ihm Gefahr und Schaden zuziehenden hülflosen Zustand, wenn man für ihn zu sorgen nach den Gesetzen oder vertragsmäßig verbunden war, für eine strafbare expositio."

5) Dieser Rechtslehrer sagt: „Zu den unbestimmten Verbrechen, die in verschiedener Absicht unternommen werden, und sehr verschiedenartige Wirkungen nach sich ziehen können, gehört auch das Aussetzen und Verlassen hülfloser Personen; das aber nach den Ansichten der neueren Zeit als ein bürgerlich strafbares Verbrechen nur dann bestraft wird, wenn es von Personen begangen ist, die den Hülflosen zur Hülfleistung und Verpflegung gesetzlich verpflichtet sind. Gewöhnlich wird in den Systemen des peinlichen Rechts nur eine einzelne Art dieses Verbrechens, von welcher die peinliche Gerichtsordnung Karls V. redet, angeführt, nämlich die Kinderaussetzung, obgleich auch erwachsene hülflose Personen Gegenstand desselben seyn können, obgleich es nicht blos durch ein eigentliches Aussetzen, sondern auch jedes gefährliche Verlassen begangen wird."

naírechts §. 159, und Wächter Lehrbuch Bd. 2. §. 177. S. 198. Note 83.

Vergleicht man die Theorieen dieser verschiedenen Rechtslehrer, so zeigt sich beim ersten Blick, daß diese die Strafbarkeit der gefährlichen Verlassung und Aussetzung eines Menschen aus verschiedenen Gesichtspunkten ansehen.

Berger scheint der Ansicht zu seyn, als ob in dieser Handlung der Conat der Tödtung zu erkennen sey, welche vollendet sey, wenn der Tod als Folge erscheine. Böhmer hält ganz allgemein die Handlung für strafbar, ohne sich näher über ihren strafrechtlichen Charakter zu verbreiten. Tittmann, Salchow und Henke erkennen darin ein besonderes Verbrechen und in der Kinderaussetzung nur eine einzelne Form desselben. Roßhirt hält die Handlung an sich [6]) nur vom polizeilichen Standpunkte aus für strafbar. Wächter scheint nur die eigentliche Kinderaussetzung, als allein durch die Gesetze verpönte Verletzung der Fürsorge für Andre, als strafbar anzusehen.

Der Verfasser dieser Zeilen will nur einen Beitrag zur Besprechung des Gegenstandes liefern, indem er den Wunsch ausspricht, daß dieser einer gründlichen Erörterung unterworfen werde.

Eine Unterscheidung scheint zu einem bestimmten Resultat zu führen. Ist der, welcher durch seine Handlung einen andern Menschen in eine hülflose Lage versetzt

6) d. h. wenn daraus weder Tod noch sonst eine Beschädigung erfolgt. Wächter a. a. O. S. 193. 194.

oder ihn darin verließ [7]), verbunden gewesen, für denselben eine bestimmte Sorge zu tragen, womit die, denselben gefährende, Handlung im Widerspruch steht; so läßt sich der Artikel 132. [8]) der Carolina analog [9]) anwenden, das Gesetzbuch Kaiser Karls des Fünften erklärt die Kindesaussetzung an und für sich, d. h. ohne Rücksicht auf die Folgen [10]), doch aus dem Grunde für strafbar, weil die Person, welche sich diese Handlung zu Schulden kommen ließ, verbunden ist, für den Menschen Sorge zu tragen, welcher durch diese gefährdet

7) Mit Recht verwirft Wächter (in Beziehung auf Kindesaussetzung) a. a. O. S. 199 die Unterscheidung Titts mann's zwischen Versetzen und Verlassen, schon aus dem Grunde, weil nach dem letztern Rechtslehrer beide Handlungen strafrechtlich einander vollkommen gleich seyen.

8) „Item, so ein weib ihr Kind, umb des sie das abkume von ir legt, und das Kind wird funden und ernärt, dieselbig mutter soll — gestrafft werden."

9) S. Wächter a. a. O. Bd. 1. §. 41. S. 68 sagt dieser Rechtslehrer, gestützt auf Gesetzesstellen des römischen Rechts und den Art. 104. der Carolina und auf die Auctorität von Thibaut, Grolman, Henke, Titts mann, Schröter, Roßhirt, Martin: „Nach den Gesetzen scheint — die Zulässigkeit der Gesetzesanalogie, nicht blos wenn sie auf Beschränkungen der Strafanwendung, sondern auch, wenn sie auf Vervielfältigung der strafbaren Fälle führt, bei Aehnlichkeit des Falles und Gleichheit des Grundes unzweifelhaft." Bis jetzt hat, wie schon Wächter a. a. O. S. 194. bemerkt, so viel bekannt, kein Criminalist den Art. 132. der Carolina auf die Handlung der gefährlichen Verlassung eines Menschen überhaupt bezogen.

10) Hat die Aussetzung für das ausgesetzte Kind nachtheilige Folgen, so tritt concurrirend ein weiteres Verbrechen hinzu. Art. 15. Satz 2: „Stürb aber das Kind vom solchen Hinlegen, so soll man die mutter nach gelegenheit des gefuerlichen Hinlegens am Leib oder Leben straffen." Martin Lehrbuch teutschen gemeinen Criminalrechts §. 186. 187.

wurde. Die Grundsätze der auf Gleichheit des Grundes [11]) gestützten Analogie erlauben daher eine ausdehnende Anwendung dieses Gesetzes auf alle Fälle, wo eine zur Sorge verbundene Person einen andern Menschen, welcher den Gegenstand dieser Sorge bildet, in einen hülflosen und so gefährlichen Zustand versetzt. Der wegkundige Führer, welcher einen Reisenden auf eine hohe Alp führt und ihn dort bei herannahendem Abend verläßt, so daß dieser, des Rückweges unkundig, in der größten Gefahr ist, entweder, wenn er ihn antreten will, in einen Abgrund zu stürzen, oder sich zu verirren, oder bei der Kälte der herannahenden Nacht zu erfrieren, verletzt dieselbe Pflicht der Sorge, welche die Mutter verletzt, die ihr hülfloses Kind verläßt. Man wende nicht ein, daß das Gesetz die Pflicht der Sorge für einen andern Menschen auf das Verhältniß der Mutter zu ihrem Kinde beschränke. Allerdings ist der Führer des Reisenden nicht durch das Gesetz zur Sorge für diesen gehalten; allein er hat sich, indem er sich zum Führer dingen ließ, durch Vertrag, der zum individuellen Gesetz wird, zur Obsorge verpflichtet.

---

11) Darum hat das Strafgesetzbuch des Königreichs Baiern die Strafbestimmung nicht auf Aeltern beschränkt, sondern sie auch auf andere Personen ausgedehnt, obwohl mit der Restriction auf solche Personen, welche zur Verpflegung verbunden sind. Es heißt im Art. 174. dieses Gesetzbuchs: „Aeltern, welche ihr Kind, das, wegen jugendlichen Alters, Krankheit oder Gebrechlichkeit, sich selbst zu helfen unvermögend ist, von sich thun und in hülflosen Zustand versetzen, imgleichen andere Personen, welche an Kindern, Kranken oder Gebrechlichen, zu deren Verpflegung sie verbunden sind, eine solche Handlung begehen, diese machen sich — des Verbrechens der Aussetzung schuldig."

Warum soll, um auf den, von Berger erwähnten, Rechtsfall zurückzukommen, die Person, welche die Sorge für den alten lahmen und kranken Bettler übernommen hatte, nicht strafbar erscheinen, da sie doch den, ihr anvertrauten, Nebenmenschen in eine Lage versetzte, welche von der Art war, daß sie annehmen mußte, sie sey für denselben gefahrbringend?

Man wende auch nicht ein, das Gesetz, welches die Kindesaussetzung verpöne, lasse sich darum nicht ausdehnen, weil sich keine Pflicht mit der so heiligen Pflicht der Mutter, für ihr Kind Sorge zu tragen, vergleichen lasse, weil nur die Mutter einen Naturinstinct verläugne, indem sie ihr Kind verlasse. Jeder Mensch trägt einen Instinct in sich, der ihm verbietet, seinen Nebenmenschen in eine hülflose Lage zu versetzen. Nur soviel läßt sich angeben, daß eine Mutter in erhöhtem Grade strafbar handelt, indem die Pflicht der Sorge für ihr Kind ihr ganz besonders nahe steht, und der Instinct, der sie mit ihrem Kinde verbindet, so heftig wirkt, daß eine Verläugnung desselben die strengste Ahndung des Gesetzes aufruft.

Ist dagegen die gefahrbringende Handlung von der Art, daß sie keine Verbindlichkeit der Sorge verletzte, so fällt die Bedingung der Strafbarkeit und so der analogen Anwendbarkeit des Art. 132. der Carolina hinweg. Verläßt z. B. der, der Gegend kundige Gefährde eines, derselben unkundigen Reisenden, mit denen er zur Winterzeit zusammentraf, ein Gespräch anknüpfte und eine Strecke Weges ging, denselben plötzlich in einem ausgedehnten, von wilden Thieren bewohnten Walde, so daß derselbe bei herannahender Nacht in Gefahr kommt, sich zu verirren, den Ausgang des Waldes nicht zu fin-

den, darin übernachten zu müssen, und so entweder eine Beute reißender Thiere zu werden oder zu erfrieren; so läßt sich von dieser Handlung des Verlassens keine Verletzung einer bestehenden äußern Pflicht einer Verbindlichkeit und so kein Rechtsgrund der Strafbarkeit erkennen. Mit Recht tadelt daher der Verfasser das in dem zweiten Bande dieses Archivs mitgetheilten, bereits gedachten Rechtsfalles die Bestrafung des Angeschuldigten, da Niemanden, vor dessen Haus ein Kind gefunden werde, eine rechtliche Verbindlichkeit, das Kind aufzunehmen und für dasselbe zu sorgen, aufgelegt werden könne.

XVII.

Beurtheilung der neuesten criminalistischen Schriften.

1) Leipzig, bei Cnobloch: Geschichte der deutschen Strafgesetze, von Dr. C. A. Tittmann, k. sächs. Hof- und Justizrathe u. s. w. 1832.

Die vorliegende Schrift ist schon zu der Zeit, als der Verfasser in Leipzig (zuerst 1797) als Professor Vorlesungen über die Geschichte des Strafrechts hielt, entstanden, und erst in neuerer Zeit von dem Verf. zur Herausgabe umgearbeitet worden. Tittmann's Name steht in der criminalistischen Literatur als ein so hochgefeierter da, daß Alles, was von dem verdienstvollen Verf. kommt, als ein willkommenes Geschenk angesehen werden muß. Die Kritik aber, welche der Wahrheit huldigt, darf, wenn sie auch dankbar das Dargebotene annimmt, sich nicht bestimmen lassen, zu verschweigen, daß die Schrift noch viel mehr geliefert, und die in unserer Literatur vorhandene Lücke ausgefüllt haben würde, wenn es dem vielbeschäftigten Verfasser vergönnt gewesen wäre, noch mehr Zeit auf die in neuerer Zeit erst mit neuer Liebe betriebenen rechtshistorischen Forschungen zu verwenden. Rec. will nun, indem er die Leser mit der Schrift näher bekannt macht, eine kleine Nachlese halten und auf Lücken aufmerksam machen. — Was in den vor 30 Jahren allgemein bekannten rechtshistorischen Werken zerstreut über Geschichte des Strafrechts

vorkam, findet man in einem einfachen Entwickelungsgange sehr gut und mit der bekannten Klarheit des Verfassers zusammengestellt, und überall bemerkt man auch die Beweise, daß der Verf. mit den neuesten rechtshistorischen Schriften sich vertraut gemacht hat, obwohl doch manches nicht Unwichtige dem Verf. entgangen ist. Was aber dem Rec. am wichtigsten geschienen hätte, wäre eine historische Entwickelung gewesen, wie die Deutschen allmählig zu der Idee einer öffentlichen Strafe kamen, wie die Ausbildung dieser Idee mit der Entwickelung von Staat, bürgerlicher Ordnung und Freiheit im Zusammenhange steht, und wie das römische Recht Einfluß auf das deutsche Strafrecht erhielt. — Nach einer Schilderung der Eigenthümlichkeiten der alten Deutschen entwickelt der Verf. S. 5, nach den in Tacitus vorkommenden Stellen, das alte deutsche Strafrecht in der Art, daß er die einzelnen Verbrechen aufführt, wegen welchen öffentliche Strafe eintrat, bemerkt, daß der Todtschlag mit Geld abgebüßt, und in öffentlichen Versammlungen über Verbrechen gerichtet wurde. Wir bedauern, daß der Verf. auf die Hauptschrift, in welcher die rechtshistorisch wichtigen Stellen bei Tacitus am besten erörtert sind, nämlich Barth Urgeschichte der Deutschen, keine Rücksicht genommen hat (über Criminalrecht am besten in Barth II. S. 422—426). Vorzüglich hätte der alte theokratische Charakter des deutschen Strafrechts entwickelt werden sollen. Die wichtigste Abhandlung in dieser Beziehung, in den Verhandelingen ter Nasporinge van de Wetten etc. door en Genootshap pro excol. jure patrio. Gron. 1796. Vol. IV. p. 1—48, ist dem Verf. entgangen. Es dürfte kaum wohl zu bezweifeln seyn, daß bei den alten deutschen Völkern Menschenopfer zur Versöhnung der Götter wegen Verbrechen der ganzen Nation vorkamen (Münter Geschichte der Einführung des Christenthums S. 136), woraus der Sinn der Stelle bei Tacitus: velut deo imperante, sehr aufgehellt wird. — Vor allem hätte die Bedeutung der alten, selbst mit religiösen Vorstellungen zusammenhängenden Blutrache erörtert werden sollen; denn was bei den germanischen Völkern in den

Strafgesetzen vom 6ten bis 10ten Jahrhundert und wohl bei manchen Stämmen noch später in Bezug auf Strafrecht sich findet, erklärt sich als Ueberbleibsel des Kampfes der eingewurzelten Vorstellungen über Blutrache (wieder im Zusammenhange mit der alten Ansicht über Verwandtschaft), mit dem Compositionensysteme und mit dem allmählig sich entwickelnden besseren Vorstellungen von öffentlicher Strafe. Ueber den Sinn des alten Compositionensystems, über das Verhältniß von Wehrgeld und fredum ist zu wenig gesagt, und wichtige historische Forschungen darüber z. B. in Schildener Guta-Lagh S. 160 ff. und in Bring de judicio homic. secundum jura Sueogoth vet. Lund. 1820 sind unbenutzt geblieben. Vorzüglich würde auch die Benutzung des uralten — erst vor zwei Jahren auch in einer Uebersetzung bekannt gewordenen isländischen Rechtsbuchs — Gragas in der Ausgabe Havniae 1829. 2 Vol. dem Verf. interessante Materialien für seine Geschichte geliefert haben, da sich in diesem Rechtsbuche der rein germanische Charakter bewahrt hat. — Der Verf. der vorliegenden Schrift handelt nun S. 14 von den einzelnen Gesetzen, die unter dem Ausdruck barbarorum leges bekannt sind, giebt dann S. 22—42 eine gute mit Klarheit und Gründlichkeit geschriebene Darstellung dieser Gesetze über die einzelnen Verbrechen und S. 42—55 über das Strafverfahren. — Die historischen Notizen, welche der Verf. über das Alter der einzelnen Gesetzbücher angiebt, bedürften freilich vieler Berichtigungen, da der Verf. gewöhnlich nur den vor 20 Jahren allgemein bekannten Forschungen folgt; von dem, was Rogge über die lex ripuariorum, Türk über das burgundische und fränkische, Kraut über das anglische Rechtsbuch geliefert haben, ist nichts benutzt; am meisten muß man bedauern, daß dem Verf. die neuen Forschungen von Lardizabal, Guizot, Zuaznavar, Türk u. s. w. über das westgothische Rechtsbuch entgangen sind, denn eben diese Rechtssammlung ist es, in welcher die Idee der öffentlichen Strafe und die Ansicht von einem auf innere Verschuldung bauenden Maaßstab am vollständigsten hervortritt (Mittermaier's Aufsatz in

der krit. Zeitſchrift für ausländ. Rechtswiſſenſch. u. Geſetzgebung II. Bd. S. 353). Ueber das Weſen der compoſitio, die in den altdeutſchen Geſetzen vorkommt, hätte mehr geſagt und die Thätigkeit der Kirche, die alten Anſichten über Rache umzuwandeln, angeführt werden ſollen; der Kirche verdanken wir die reineren criminaliſtiſchen Anſichten (Jarcke Strafrecht I. S. 20). Das Fortwirken der alten Anſicht von der Familienverbindung und des Friedensvertrags, ſich ausſprechend in der Verweiſung des Verbrechers und der Pflicht einer gewiſſen Zahl von Verwandten mit ihm zu fliehen, hätte geſchildert werden ſollen (die beſten Notizen in Calon de prisco fervorum in patria jure pag. 146). Der in Bezug auf die Anſicht von den Todesſtrafen wichtige Grundſatz der alten leges, daß die Todesſtrafe mit Geld abgelöſt werden konnte (leg. Sal. XIX. C. LIII.) hätte entwickelt werden müſſen. — Eine treue Ueberſicht der ſtrafrechtlichen Beſtimmungen in den Capitularien liefert der Verf. S. 55—71. Bei der Schilderung des zweiten Zeitraums (vom Abgang der Carolinger bis zur Abfaſſung der C. C. C.) verweilt der Verf. wieder S. 74 bei der Angabe der hiſtoriſchen Notizen über die alten Rechtsbücher, z. B. Sachſen- und Schwabenſpiegel, und ſpricht nur kurz (S. 80) von den Statuten der Städte, giebt dann (S. 81) als Hinderniſſe einer guten Strafrechtspflege der damaligen Zeit an die Sittenloſigkeit der Zeit, die Unwiſſenheit der damaligen Richter, die Anſicht, daß der Richter blos als Rächer des Beleidigten handle, die Aſyle und das Fauſtrecht. — Bei der Darſtellung der ſtrafrechtlichen Anſichten des Mittelalters hätten wohl noch andere Punkte zur Sprache gebracht werden ſollen. Die Umwandlung der alten Anſichten iſt insbeſondere am meiſten in den Städten ſichtbar; in den Städten nämlich, wo die ganze Bürgerſchaft als eine Rechtsgenoſſenſchaft und gleichſam als eine Familie erſchien, mußte die Blutrache am erſten verſchwinden; das nahe Zuſammenleben der Bürger im engen Kreiſe mochte die Verbrechen vermehrt, aber auch die Einſicht begründet haben, daß man durch ſtrengere Strafgeſetze entgegenwir-

ten müsse, und so sind die Criminalgesetze der Städte weit strenger als die, welche auf dem Lande galten; durch den Einfluß des römischen und canonischen Rechts und durch die steigende Bildung entwickelte sich immer mehr der Begriff öffentlicher im Interesse des gemeinen Besten erkannter Strafen, daher die compositiones in den Städten verschwanden, während sie im gemeinen Rechte fortdauerten. Die Idee des Inquisitionsprozesses siegte in den Städten zuerst. Wenn der Verf. S. 86 die grausamen Strafarten des Mittelalters, insbesondere die häufigen Todesstrafen, aus alten Rechtsbüchern mit großer Gelehrsamkeit anführt und von S. 100 an die Bestrafung der einzelnen Verbrechen sorgfältiger, als dies in irgend einem andern Buche geschehen ist, darstellt, so hätte dabei nur zweierlei erörtert werden sollen; nämlich, daß diese in den Statuten gedrohten Strafen häufig nicht exequirt, sondern nur gedroht wurden, damit das Gesetz seine Mißbilligung und Schändlichkeit des Verbrechens desto bestimmter ausspreche, und damit der Verurtheilte eine desto größere Geldsumme bezahlen mußte, um sich von der Vollziehung der Strafe loszumachen. (Beweis stellen, daß diese Ansicht richtig ist s. in diesem Archiv IX. S. 51.) Besonders wichtig ist auch die, durch die Kirche begünstigte, allgemein im Mittelalter verbreitete Ansicht, daß man durch eine Wallfahrt (nach Rom, oder nach Compostell) das Verbrechen abbüßen könne, und daß dann die Strafe wegfalle. Man fand in diesem Mittel zugleich ein Aussprechen der Reue und eine Art von Verweisung aus dem Lande (s. dies Archiv X. S. 173). — Sehr umständlich und klar ist S. 119 — 233 das im Mittelalter übliche Gerichtsverfahren zugleich mit Darstellung aller Arten von Gottesurtheilen und der Einrichtung der Fehmgerichte angegeben. — Aus manchen vom Verf. unbenutzten Statuten, z. B. der friesischen Gauen und der niederländischen Städte, würde der Verf. freilich noch viel wichtigere haben schöpfen können. — Der dritte Zeitraum (von S. 234 an) beschäftigt sich mit der Geschichte der Abfassung der C. C. C.

Malblank's bekannte Forſchungen ſind hier treu benutzt; aber man fragt: warum der Verf. nicht auf einige mit Scharfſinn vorgetragene neuere Meinungen über die Entſtehung der C. C. C. Rückſicht genommen hat, z. B. auf die Anſicht von Meyer eſprit, origine des inſtitutions judiciaires Vol. V. p. 222, und vorzüglich auf die ſcharfſinnige und gelehrte Erörterung Birnbaum's in dieſem Archive XII. S. 424 ff., daß die C. C. C. zunächſt für die Länder des fränkiſchen Rechts bearbeitet worden ſey. So vermißt man ungern S. 289 bei den Nachrichten über Schwarzenberg's Leben die Benutzung der von Roßhirt in dieſem Archive IX. Nr. 10. gegebenen Notizen, und eine genaue Erörterung über das Verhältniß der C. C. C. oder Bambergenſis zu der Ratholphzeller und Tyroler Halsgerichtsordnung. Der Einfluß dieſer Rechtsbücher liegt noch im Dunkeln. — Die Darſtellung des Geiſtes der C. C. C. (S. 247—282) iſt gewiß jedem Freunde der Wiſſenſchaft willkommen, obwohl man freilich gewünſcht hätte, daß der Verf. noch mehr über das wahre Verhältniß der C. C. C. zum römiſchen Rechte und die Abſicht Schwarzenberg's, römiſches Recht zur Ergänzung anwenden zu laſſen, ſich erklärt hätte. — Den Schluß macht (S. 283) die Geſchichte der Fortbildung der C. C. C. Mit Recht rügt S. 294 die gewöhnlich vorgetragenen Vorurtheile über die Grauſamkeit Carpzov's. — In der Darſtellung des vierten Zeitraums (von der Mitte des 18ten Jahrhunderts an) giebt der Verf. die gewöhnlichen (viele Forſchungen der neuern Zeit ſind unbenutzt geblieben) Nachrichten über den Einfluß von Voltaire, Thomaſius u. ſ. w. und giebt einige kurze Notizen über das öſterreichiſche und preußiſche Geſetzbuch.

2) Paris: Hiſtoire des colonies pénales de l'Angleterre dans l'Auſtralie; par C. de Bloſſeville. 1831.

3) Amſtelodami: De poena deportationis, auctore Fr. H. van Weſt. 1832.

Daß das in den meiſten Staaten Europa's beſtehende Straffyſtem, in welchem alles auf Gefängnißſtrafen gebaut iſt, den Forderungen nicht entſpricht, die man an den Geſetzgeber ſtellen kann, iſt allgemein eingeſehen. Die Zahl der Verbrechen häuft ſich von Jahr zu Jahr, und aus vielen Strafanſtalten treten die Sträflinge nicht blos nicht gebeſſert, vielmehr völlig verwildert heraus. Auch das allgemeiner ſich verbreitende Streben, die Todesſtrafen zu verbannen oder doch mehr zu vermindern, muß auf Mittel ſinnen, Strafarten einzuführen, durch welche die bürgerliche Geſellſchaft hinreichend geſichert, die zu Verbrechen Entſchloſſenen von Verbrechen abgeſchreckt und die Schuldigen gebeſſert werden können. Das ſichere und das Uebel an der Wurzel faſſende Mittel des Pönitentiarſyſtems zu wählen, hindern Vorurtheile, Bequemlichkeitsliebe und ein Zurückſchaudern vor den Koſten, und ſo begreift man, wie man nicht blos in Frankreich, ſondern auch in Deutſchland (z. B. in Baden und Großherzogthum Heſſen, wo Anträge in den Ständeverſammlungen gemacht wurden) in der Coloniſation oder der Deportirung der Verbrecher in entfernte Weltgegenden ein treffliches Strafmittel zu finden glaubte. Da England dies Strafinſtitut ſchon beſitzt, ſo muß natürlich der Blick vor allem auf dies Land und die Erfahrungen, welche man dort gemacht hat, ſich richten. Der Verf. der oben Nr. 1. angeführten Schrift hat das Verdienſt ſich erworben, fleißig aus den engliſchen Quellen und aus Reiſebeſchreibungen die Nachrichten über die Strafcolonieen zuſammengeſtellt zu haben. Frankreich hatte (introduction p. 23) ſchon 1558 unter dem lieutenant général de la Roche den Verſuch einer Coloniſation gemacht, allein der Verſuch ſcheiterte eben ſo wie ein ſpäterer

trer 1763 in Bezug auf Guyane gemachter. Die aſſemblée conſtituante beſchäftigte ſich wieder mit dem Plane einer Coloniſation, und ſpäter erkannte man von Seite des Directoriums die Deportation gegen die unglücklichen Prieſter, welche den Eid verweigerten. Bei der in der Revolution angewendeten Deportation entſchied nur der Geiſt der Rache und Leidenſchaft, und nicht der der Strafe. — Im Code kam zwar die Deportation als Strafe vor, aber da es an Anſtalten fehlte, ſo wurde ein Gefängniß (Mont-Saint-Michel) für die zur Deportation Verurtheilten beſtimmt. Ein 1819 von einer niedergeſetzten Commiſſion gemachter Vorſchlag blieb unbeachtet. Der achtungswürdige Barbe-Marbois verſuchte öfter die Aufmerkſamkeit ſeiner Landsleute auf das Syſtem der Deportation zu leiten, aber vergebens. Von den neueſten Discuſſionen bei Gelegenheit der Reviſion des Code pénal war oben die Rede. Der Verf. (p. 55) ſpricht ſeine Ueberzeugung dahin aus, daß Frankreich nur hinreichende Garantieen gegen die Vermehrung der Verbrechen erhalten kann durch Combination eines weiſe organiſirten Elementarunterrichts, durch Anlegung von Ackerbaucolonieen für Bettler, durch Werkſtätten wo jeder Arbeit finden kann, durch Pönitentiargefängniſſe für jugendliche Sträflinge, deren Beſſerung noch zu hoffen iſt, und durch Strafcolonieen für gefährliche Verbrecher. Der Verf. ſchildert dann den Zuſtand der engliſchen Strafcolonieen. — Schon unter Eliſabeth erhielten die Richter die Befugniß, die Strafe der Deportation auszuſprechen, aber erſt unter Jacob I. kamen die erſten Beiſpiele der Anwendung der Strafe vor, die nicht genauer regulirt war. Erſt 1718 autoriſirte eine Parlamentsacte die Anordnung der Deportation für die auf drei Jahre und darüber Verurtheilten (p. 76). Die Sträflinge wurden damals nach Maryland geſendet; Franklin's Stimme, der ſich gegen das unſelige Ueberſenden von verpeſteten Uebelthätern auflehnte (p. 79), empörte Amerika, das ſpäter, nachdem es vom Joche der Engländer ſich frei gemacht hatte, ohnehin nicht mehr als

Deportationsort gelten konnte. Neue Versuche der Engländer (p. 80), einen schicklichen Platz zu finden, scheiterten; die Entdeckung von Neuholland veranlaßte die Aufnahme der alten Colonisationsprojecte (p. 98); der Gouverneur A. Phillip untersuchte Neusüdwales, und 1787 wurde die Expedition ausgerüstet. — Unter den Verbrechern, die transportirt wurden, bildete sich aller Beobachtung ungeachtet eine Bande von Falschmünzern (p. 111). Im Januar 1788 langte man in Botany Bay an; man begünstigte nun die Ehen, und 14 Ehen wurden nun von Verbrechern geschlossen; Unordnungen entstanden, und in den drei ersten Monaten sprach schon das niedergesetzte Gericht 6 Todesurtheile aus (p. 158); man suchte taugliche Plätze zu Ansiedelungen, aber bald fand man Schwierigkeiten durch die Kriege mit den Eingebornen (p. 141); Krankheiten stellten sich ein; die Hoffnungen, daß die Sträflinge sich bessern würden, wurden getäuscht, und die Aufseher, die man aus der Zahl der Sträflinge selbst nehmen mußte, entsprachen nicht den Erwartungen; bedeutende Verbrechen wurden von den convicts verübt, und so hatte die Colonie mit bedeutenden Krankheiten, Mangel an tüchtigen Arbeitern und mit der verbrecherischen Gesinnung der convicts zu kämpfen. Das Verhältniß zu den Eingebornen war kein günstiges; auch an Lebensmitteln fehlte es nicht selten (p. 189), die Sterblichkeit war bedeutend (159 starben im Jahr 1790). Auch an Versuchen der Befreiung der Gefangenen fehlte es nicht (p. 251). Im J. 1792 befanden sich in der Colonie 1695 convicts, 168 deportirte Weiber, 8 freie Weiber von convicts, 10 Kinder, 1881 freie oder emancipirte Colonisten. — England hatte schlecht für die neue Colonie gesorgt, da man nicht genug auf Vorräthe bedacht war (p. 242). Auch unter dem neuen Gouverneur Grose ging es nicht besser (p. 254). Hunter wurde 1794 Gouverneur, ging später nach England, übernahm aber wieder die Gouverneursstelle, und unter seiner Verwaltung scheint die Colonie am meisten gewonnen zu haben (p. 190), manche

neue Entdeckungen z. B. von Bergwerken befördernd dies; die Zahl freier Ansiedler und solcher convicts, die ihre Strafzeit überstanden hatten, mehrte sich; auch unter dem Gouverneur King ging es allmählig besser (p. 324); eine Anstalt wurde gegründet, worin arme Mädchen erzogen wurden, und welche dann auf Staatskosten ausgesteuert werden sollten; an Versuchen des Entkommens der Sträflinge fehlte es jedoch nicht; eine neue Colonie wurde in Van Diemensland gegründet (p. 351). Weniger günstig war die spätere Verwaltung (1806—1809) des Gouverneurs Bligh (p. 359); besser ging es unter Mácquarie (p. 374), am meisten schien sich die Colonie von Van Diemensland zu erheben; im Parlamente erhoben sich 1820 viele Stimmen gegen die Strafcolonieen; eine Commission zur Untersuchung des Zustandes der Colonie wurde abgesendet; Bigge wurde als Commissair ernannt. Wir haben in diesem Archive Bd. VI. Nr. XXII. den Auszug aus dem damals an das Parlament erstatteten Berichte geliefert: der Verf. der vorliegenden Schrift (p. 411) beschuldigt Bigge der Parteilichkeit und des Mangels an Genauigkeit. Nach p. 424 kann man die jetzige Bevölkerung der Colonie auf 50000 Seelen berechnen, wovon drei Fünftel convicts sind. Nach p. 425 hat das System der Deportation in England sich zum Vortheil geändert, man deportirte nur mehr solche, die wenigstens auf 7 Jahre verurtheilt sind; sorgt während der Ueberfahrt mehr für ihre Gesundheit. Nach dem Verf. (p. 427) vermehren sich die Beispiele der Besserung der Sträflinge; unter den emancipirten Sträflingen herrschte viel Wohlstand; er gesteht (p. 435), daß die Aufführung der Weiber schlechter sey als die der Männer, und erklärt es aus der Ueberzahl der Männer; der Verf. führt an (p. 447), wie selbst die Bildung in den Colonieen zugenommen habe, z. B. manche Zeitungen und Bücher publicirt wurden; er rühmt (p. 453) die dort herrschende gute Polizei, die Sicherheit der Diebstähle, und schildert (p. 469) den guten ökonomischen Zustand der Colonie; er schließt

Kosten veranlaßt werden, daß aber, wenn man auch freie Ansiedler in die Colonie aufnimmt, dadurch die Wirksamkeit der Strafe und die Erreichung des Zwecks einer Strafcolonie gehindert und die Anwendung einer consequent durchgreifenden Strenge unmöglich gemacht werde. Wie wenig eine wahre Besserung unter den Sträflingen eingetreten sey, schildert der Verf. p. 118, und mit Recht zeigt er p. 124, daß schon der Aufenthalt der zur Deportation Verurtheilten auf den hulks, und dann das Zusammenleben während der langen Ueberfahrt, der Besserung entgegenwirke. Auch die geringe Anzahl von Weibern in der Colonie wirkt nachtheilig auf die Sittlichkeit (p. 134). Der Verf. giebt zu (p. 140), daß sich eine Einrichtung der Deportation denken lasse, wo die Colonie nur als Strafcolonie gegründet wird und viele Bedenklichkeiten wegfallen werden; allein mit Recht mahnt er dann an die außerordentlichen Kosten (p. 141). Bei politischen Verbrechen giebt der Verf. (p. 149) eine Anwendung der Deportation zu. — Unsere Leser werden sich überzeugen, daß der Verf. mit Gründlichkeit sein Thema bearbeitete. Wir bedauern, daß ihm eben die neuesten und wichtigsten Documente über die Transportation fehlten. — Wir glauben unsern Lesern einen Dienst zu erweisen, wenn wir vorläufig (der Raum der Anzeige gestattet uns nicht ihre Benutzung in dieser Recension, so daß wir die Darstellung der Nachrichten einem spätern Hefte vorbehalten) auf diese Werke sie aufmerksam machen. Interessante Erfahrungen über die Wirkungen der Transportation finden sich schon in den jährlich erscheinenden Reports from the select committee on criminal committments, wo die Ursachen der Zunahme der Verbrechen geprüft werden, und in dem wichtigen Report from the select committee on the police of the Metropolis 1829. Am bedeutendsten aber ist der Report from the committee on secondary punishments vom 27. Septbr. 1831. — Unter secondary punishm. versteht man in England die Transportation und die Einsperrung. Die vom Parlamente

niedergeſetzte Commiſſion hat nun ausführlicher, als es bisher geſchah, durch Vernehmung von mehreren hundert Perſonen das wahre Verhältniß der Transportation zu erforſchen geſucht. Die Reſultate ſind dem Syſteme ſehr ungünſtig. — Damit iſt auch ein geiſtreicher Aufſatz über dieſen Gegenſtand in dem law magazine Nr. XV. p. 1—44 zu verbinden. Merkwürdige Details liefert auch Wakefield in der intereſſanten Schrift: Facts relating to the puniſhment of death. London 1831. pag. 185—198. — Höchſt dankenswerth ſind endlich die Nachrichten im eben erſchienenen 8ten Report of the committee of the ſociety for the improvement of prison discipline. London 1832. p. 6. und beſonders im Anhang p. 230—47. In dem oben erwähnten Bericht über die police of the metropolis findet ſich auch die vollſtändigſte Darſtellung der Einrichtung der hulks (Gefangenſchiffe), in welchen die zur Deportation Verurtheilten bis zur Transportation aufbewahrt werden. Eine franzöſiſche Ueberſetzung dieſer Darſtellung findet ſich in den Leçons sur les priſons par Julius, traduits par Lagarmitte. Paris 1831. II Vol. p. 463—485.

Halle, gedruckt in der Gebauerschen Buchdruckerei.

Neues Archiv
des
Criminalrechts

herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,
J. M. F. Birnbaum
gegenwärtig in Bonn,
A. G. Heffter
in Halle,
C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,
C. G. Wächter
in Tübingen.

Dreizehnten Bandes viertes Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn
1833.

Inhalt.

XVIII. Ueber das Verhältniß neuer Gesetze zu früher vorgenommenen Handlungen im Criminalrechte. Von Abegg. S. 467

XIX. Beiträge zur Lehre von den Ehrenkränkungen, und Prüfung der Vorschriften der bisherigen Gesetzgebungen über Injurien. Von Mittermaier. — 502

XX. Ueber die richterliche Willkür bei absolut unbestimmten Strafgesetzen. Von Birnbaum. — 540

XXI. Beurtheilung der neuesten criminalistischen Schriften:

1) Pisa 1832: Teoria delle leggi della ſicurezza ſociale di G. Carmignani. Vol. I—IV. — 610

2) Paris 1832: Code pénal progreſſif. Commentaire ſur la loi modificative du Code pénal par Chaveau, avocat. — 625

5) Carlsruhe, bei Groos: Ueber das Princip des Strafrechts. — Der Staat hat kein Recht am Leben zu strafen. Zur Begründung einer philosophischen und christlichen Strafrechtslehre von Grohmann, Prof. in Hamburg. 1832. S. 625

Neues Archiv
des
Criminalrechts.
Dreizehnten Bandes viertes Heft.

XVIII.

Ueber das Verhältniß neuer Gesetze zu früher vorgenommenen Handlungen, im Criminalrechte.

Von
Abegg.

Die allgemeinen Grundsätze über das Verhältniß neuer gesetzlicher Bestimmungen zu Handlungen, welche vor deren Erlassung zu Stande gekommen, oder begangen sind, werden auch im Strafrecht angeordnet. So gilt auch insbesondre die Regel, daß dem neuen Gesetze eine rückwirkende Kraft nicht beigelegt werden dürfe, im Ganzen aus denselben Gründen, wie im Civilrecht, auch für strafrechtliche Anordnungen. So einfach aber auch dieselbe ist, so findet sie doch in der Anwendung theils Schwierigkeiten, theils Ausnahmen [1]). Erstere

1) Vgl. über die verschiedenen Ansichten, die vorzugsweise in privatrechtlicher Hinsicht entwickelt sind: Glück's Erl. der Pandekten Th. I. §. 21. Dessen Einleitung

den ist; nur die Bestrafung, die Vollstreckung der Strafe, kann im concreten Falle neben jener Hauptrücksicht noch eine oder mehrere andere für die Zukunft, in Betreff des Schuldigen und Anderer, darbieten [3]).

Wir werden nun sehen, daß, wenn gleich die allgemeinen rechtlichen Grundsätze über das Verhältniß neuer Gesetze zu frühern Begebenheiten auch im Criminalrechte Statt finden, diese doch nicht unbedingt und nicht ohne Ausnahme gelten, und daß selbst, wo sie Platz greifen, die Gründe zum Theil eigenthümliche, in der Natur des Strafrechts liegende sind.

Einige Bestimmungen hierüber sind so allgemein anerkannt, daß es genügt sie kurz anzugeben, um Raum für die Erörterung anderer zweifelhaften Sätze zu gewinnen, rücksichtlich deren ich mich vergebens nach befriedigenden Darstellungen umgesehen habe.

Die bekannte Regel, daß ein neues Gesetz im eigentlichen Sinne nicht rückwirkende Kraft haben könne, nicht auf vergangene Fälle anzuwenden sey, welche nämlich zu späterer Beurtheilung kommen, findet volle Anwendung:

1) Wenn eine bisher erlaubte Handlung durch ein neues Gesetz bei Strafe verboten, wenn sie künftig also erst, nicht früher, die Eigenschaft eines Vergehens, einer Entgegensetzung des verbrecherischen Willens gegen das Gehorsam fordernde, sich als Nothwendigkeit ankündigende, Gesetz annimmt. In diese Klasse würden hauptsächlich solche Handlungen

3) Meine Abhandlungen in den (Erlanger) Jahrbüchern der jurist. Literatur. Th. XII. S. 153 f. Th. XVI. S. 261 f. Th. XVII. S. 30. 55 ff.

im weitern Sinne zu rechnen seyn, die nicht zu den neuerlich s. g. natürlichen Verbrechen gehören, sondern erst durch die bestimmte Sanction in das Gebiet des Criminalrechts gewiesen worden; ferner solche, welche zwar als verwerflich anerkannt werden, aber bisher aus dem Grunde nicht bestraft wurden, weil entweder die bestehende Gesetzgebung die Analogie ausdrücklich verboten hatte, oder die hierin wenigstens stillschweigend bestätigte Praxis sich dafür erklärt hatte, solches auszuschließen, und keine Handlung für strafwürdig hielt, die nicht durch ein ausdrückliches Strafgesetz namentlich verboten wäre *).

Der Fall eines andern, künftig Strafe anordnenden Gesetzes kann nun entweder so eintreten, daß eine eigne, grade auf diese Klasse von Handlungen sich beziehende Verordnung erlassen, oder daß, wie es besonders in der neuern Zeit häufiger vorgekommen ist, ein neues vollständiges Gesetzbuch an die Stelle früherer Rechte tritt, oder endlich, daß für einen Bezirk, Stadt, Provinz ꝛc., die in Folge politischer Veränderungen einem andern Staate einverleibt werden, das in letzterm geltende Recht nunmehr als das allgemeine zur Anwendung kommen

4) Obschon die Ansicht: daß kein Verbrechen ohne ein diese Handlung verpönendes Strafgesetz Statt finde, jetzt in der Theorie, und mit Recht, widersprochen wird, wobei jes doch nähere, hier nicht ausführbare Bestimmungen erfordert werden, so wie auch die Zulässigkeit der Analogie anerkannt ist; so sind doch manche neuere Gesetzgebungen bestimmt entgegen, indem sie theils jede nicht bei Strafe ausdrücklich verbotene Handlung für straflos erklären, wie z. B. das französische gemeine Recht den Zweikampf, theils die analoge Anwendung, wiewohl vergebens, zu entfernen suchen.

soll, in welcher Hinsicht dasselbe ein neues Recht, wenn auch zum Theil nur der Form nach, genannt werden muß, und wobei dessen Alter selbst nicht in Betracht kommt. Diese Ursachen und Möglichkeiten der neuen Strafgesetze sind aber auch für die übrigen zu betrachtenden Fällen gleich [5]).

2) Wenn auf eine bereits als strafwürdig anerkannte Handlung eine schwerere, als die bisher gewöhnliche Strafe gesetzt wird, in welchem Falle zum Theil wenigstens das gilt, was von dem vorigen gesagt ist. Hier kann das vor der Erlassung des neuen Gesetzes, oder vor der Zeit, wo dasselbe in Wirksamkeit treten soll [6]), verübte Verbrechen nur nach dem ältern mildern Gesetze beurtheilt werden, und zwar zunächst nicht deshalb, weil es das mildere ist, sondern weil es das Gesetz ist, welches verletzt wurde,

---

5) Beispiele geben die Einführung des französischen Strafrechts in einigen, ehemals zum Kaiserreich gehörigen deutschen und in ehemaligen Rheinbunds-Provinzen — die neue oder Wieder-Einführung des preußischen Rechts nach dem Jahre 1815 in Ländern, die früher dem preußischen Staatsverbande angehört hatten und davon vorübergehend getrennt waren, wie die, welche zu dem Königreich Westphalen zugezogen worden, und in neu erworbenen Ländern, z. B. dem Großherzogthum Sachsen.

6) Es wird nämlich meist, mit Rücksicht auf die hier in Betracht kommenden Verhältnisse, eine Zeit bestimmt, von welcher an die Wirksamkeit des neuen Gesetzes beginnen soll, und zwar sowohl bei privatrechtlichen Gesetzen — Sueton. Octav. Cap. 54. Nov. 58. Nov. 66. Cap. 1. pr. Nov. 116. Cap. 1. A. L. R. für die preuß. Staaten. Einl. §. 16. §. 18. 19. 20. — als auch für strafrechtliche, z. B. Publications-Patent des baier. Strafgesetzbuchs v. 16. Mai 1813. Art. 1. wo der Termin auf den 1. Octbr. 1813 gesetzt wurde.

und welches selbst die Weise der Reaction gegen die Uebertretung bestimmt hat [7]).

In diesen beiden Anwendungen stimmen, so viel ich weiß, die Vertheidiger der verschiedensten Theorieen überein: obgleich begreiflicherweise nicht aus den nämlichen Gründen. Allein auch hier zeigt sich das Willkürliche und Zufällige der meisten s. g. relativen Theorieen und aller derjenigen, welche das Maaß der Strafen als Entgegenwirkung aus irgend einer äußern Rücksicht auf einen bestimmten vorgestellten Zweck, den sie fälschlich zum Grunde nehmen, entehren, und nicht die Gerechtigkeit als Grundlage anerkennen. Denn allerdings könnte manche Theorie consequent auf ein anderes Resultat führen, und wenn es nicht von ihren Vertheidigern geschieht, so erklärt sich diese Abweichung von ihrem Princip aus der schon an andern Orten von mir aufgezeigten Erscheinung, daß sich die Forderungen der Gerechtigkeit selbst geltend machen, und eine Anerkennung, die ihnen gebührt, abnöthigen [8]). So würde z. B. eine bloße Abschreckungstheorie in einem Falle, wo die verübte That die Vergeblichkeit und Unzulänglichkeit der Strafdrohung zu erkennen giebt, wo für den Schuldigen selbst und für Andere ein äußerer Zweck der Abhaltung vor künftigen Begehungen erwähnt werden soll, auf die Anwendung des zur Zeit der Beurtheilung bestehenden strengern Gesetzes führen: ja selbst bei der s. g. psychologischen Zwangstheorie wäre dieses anzunehmen und liegt recht eigentlich im Geiste

7) Code pénal Art. 4. Das angef. baier. Public. Patent Art. 2.

8) Meine No. 5. angef. Abhandlungen.

derselben, wie man denn auch wirklich vorgeschlagen hat, stets eine härtere, als die angedrohte Strafe zuzufügen, weil nämlich die Verübung die Unrichtigkeit der von dem Gesetzgeber gehegten Meinung bekunde, daß dieses bestimmte Strafübel, oder vielmehr die Furcht vor demselben, abhaltend wirken werde, indem der zum Verbrechen Geneigte dasselbe in seine Berechnung zwischen Gut und Uebel aufnehme, so daß nun der Fehler des Gesetzgebers von dem hieran freilich unschuldigen Thäter gebüßt werden solle [9]). Eben so würde der Zweck der Provocation, wenn dieser der hauptsächlichste wäre, sicherer durch die härtere Strafe erreicht, und es ließe sich, da letztere nun die Regel ausmacht, da sie überhaupt nur auf etwas Zukünftiges berechnet und nicht selbstständig auf das Vergangene — die That — bezogen würde, nicht inconsequent behaupten, daß für den frühern Verbrecher kein Grund eintrete, ein Provocationsmittel anzuwenden, welches das neue Gesetz, gestützt auf Erfahrungen, nicht mehr für zureichend erklärt und eben darum geschärft wissen will. Die Besserungstheorie würde wenigstens eben so gut auf das entgegengesetzte Resultat führen, da sie, wenn sie den Maaßstab abgebe, wenn sie Grund der Strafe und nicht blos sittliche Nebenrücksicht neben der Gerechtigkeit derselben seyn soll, ohnedies darauf ver-

9) Diesen oft gemachten Einwand, dem allerdings wieder Manches entgegengestellt werden kann, muß man sich gefallen lassen, wenn Strafen und ihre Größen nicht nach der Schuld, und den Ansichten des Volks und der Zeit hierüber, sondern nach einer willkürlichen äußern Rücksicht, zur Erreichung eines Zweckes bestimmt, oder gedroht werden, und sich dann dennoch als diesem Zwecke nicht entsprechend zeigen.

richtet, Jemand zu strafen nach seiner Verschuldung, sondern ihn so lange und so viel Strafübel leiden lassen müßte, als im besondern Falle nothwendig scheinen, um den Zweck der Besserung vollständig zu erreichen.

Allein, muß man sich gegen diese Folgen und deren Prämissen erklären, so muß man auf gleiche Weise sich den Gründen entgegensetzen, welche von den verschiedenen s. g. relativen Theorieen aufgestellt werden, um den, aus der Gerechtigkeit selbst folgenden einfachen Satz herzuleiten. Es ist zwar nicht unrichtig, wenn man behauptet, das früher noch nicht vorhandene, nicht bekannt gewesene strenge Gesetz habe nicht psychologisch abzuschrecken oder zu präveniren vermocht, und sey seine härtere Drohung ergangen, die man zur Warnung und Abschreckung Anderer gegen den Uebertreter in Ausführung bringen werde u. s. w.; aber theils sind dieses nur solche Gründe, die wieder auf die Rechtsmäßigkeit der Theorie selbst zurückzuführen sind, und die, so fern sie irgend ein Gewicht zu haben vermögen, nur auf einer hier stillschweigend vorausgesetzten Gerechtigkeitstheorie beruhen [10]), theils ist so eben das Schwankende solcher äußern Rücksichten, wie z. B. der Abschreckung, gezeigt worden, welche, indem sie in der Erscheinung verschiedene Gesichtspunkte darbieten, auch zu entgegengesetzten Resultaten führen können. Wir müssen uns daher nach einem bestimmten und durchgreifenden Princip, nach einem solchen umsehen, welches, indem es das Strafrecht als Recht und Pflicht begründet, zugleich unmittelbar auch diese wie andere Fragen zu entscheiden geeignet sey. Dies ist aber kein

10) S. die Note 5 angef. Abh. Th. XVII. S. 53 f. 56 f.

anderes, als das der Gerechtigkeit, und wenn man das Verhältniß der Handlung zu derselben richtig auffaßt, so wird sich auch einfach ergeben, warum nun das wirklich übertretene, zur Zeit des verübten Verbrechens verletzte Gesetz nicht ein anderes späteres, erst zu der Zeit geltendes, wo die Sache zur rechtlichen Beurtheilung kommt, angewendet werden dürfe. Setzen wir nämlich im Allgemeinen das Verbrechen in den Bruch des Rechts, die Verletzung desselben außer die sich den Objektivität und Heiligkeit des Rechts unbedingt entgegensetzende subjektive Gesinnung, welche sich in äußerer, dem Gesetz widersprechender That kund giebt; wissen wir, daß, um die Unverbrüchlichkeit des Rechts zu zeigen und geltend zu machen, dieser Widerspruch aufgehoben werden muß, weil sonst das Unrecht, welches äußerlich zum Vorschein gekommen ist, bestehen würde, wenn man es nicht unterdrückte, sondern anerkannte, daß also der Wille selbst wieder unter das Gesetz gebeugt werden muß, über welches er sich hinweggesetzt hatte, daß er nothwendig, nicht um äußere Rücksichten willen, sondern darum gebrochen werden müsse, weil das Unrecht und Unvernünftige nicht neben dem Rechte gelten darf und kann: so haben wir zugleich den nothwendigen Zusammenhang des Verbrechens und der Strafe erkannt und letztere als eine Forderung des Rechts und der Gerechtigkeit erfaßt. Aber wir können praktisch bei dieser allgemeinen Bestimmung nicht stehen bleiben. Das Gesetz, so wie das diesem widerstrebende Verbrechen, und endlich die Strafe, fallen als besondere in das Gebiet des Zeitlichen und Räumlichen und anderer dadurch bedingten Verhältnisse, — sie nehmen sämmtlich einen

positiven und historischen Charakter an, wobei namentlich rücksichtlich der Art und des gerechten Maaßes der Gegenwirkung die äußerste und letzte Bestimmung nicht mehr die unmittelbare Aufgabe der Vernunft seyn kann, wie man aus Mißverständniß behauptet hat, um daraus die Unfähigkeit der Vernunft darzuthun, die Strafe und das Strafrecht zu begründen, was, wenn es wahr wäre, zu dem traurigen Ergebniß führen müßte, daß das Strafrecht Sache der Willkür, und der Vernunft entbehrend, sey [11]). Hat nun das Gesetz selbst das den Zeitverhältnissen, der Sitte u. s. w. entsprechende gerechte Maaß der Gegenwirkung im Fall der Verletzung angegeben, so ist dieses, und kein strengeres, in Anwendung zu bringen, und zwar nicht aus irgend einem der durch die relativen Theorieen gebotenen äußern Gründe, sondern aus dem wesentlichen, weil nur die Handlung selbst in Verhältniß zu dem dadurch übertretenen Gesetz gewürdigt, weil sie gerechterweise nur nach dem als Recht ausgesprochenen Gesetz beurtheilt werden darf, also weil die Gerechtigkeit allein, und keine außerhalb oder neben derselben liegende Rücksicht entscheiden darf, und wir haben somit für das unbestrittene Resultat einen tiefern Grund in der Gerechtigkeit selbst, die der Staat handhabt.

Während aber so die gedachte Regel nothwendig zur Anwendung kommt, wenn das neuere Gesetz eine dem zu Beurtheilenden nachtheiligere Folge ausspricht, als das zur Zeit der Begehung in Kraft gewesene, so wird umgekehrt allgemein eine Ausnahme gemacht, und dem neuen Gesetze eine rückwirkende Kraft beigelegt,

11) Meine angef. Abh. S. 37—42.

wenn dadurch ein günstigeres Resultat für den Angeschuldigten entsteht, wohin besonders der Fall gehört, wenn eine geringere Strafe oder Strafbarkeit ausgesprochen wird, ein Fall, auf welchen sich zuletzt auch alle dem Verfahren und überhaupt dem Strafrecht im weitesten Umfange angehörigen Bestimmungen praktisch zurückführen lassen. Gewöhnlich werden aber hier in den Lehrbüchern, die meist sehr dürftig in dieser Lehre sind, und sich begnügen lediglich auf das Civilrecht zu verweisen, die wichtigsten Gesichtspunkte übergangen, die Gründe nicht erörtert, und die Fälle werden zu eng bestimmt, wenn man nur die oben gedachten hinstellt, daß nämlich,

1) wenn die frühere strengere Bestrafung eines Verbrechens durch ein späteres Gesetz gemildert wird, und

2) wenn eine bisher für strafbar erklärte Handlung künftig straflos seyn soll,

dieses demjenigen zu Statten kommen soll, dessen Verwirkung zwar dem ältern Gesetze widersprach, aber erst nach dessen Aufhebung Gegenstand richterlicher Beurtheilung geworden ist.

Wir richten unser Augenmerk auch hier wieder zuerst auf die Gründe dieser Ausnahme. Allgemein finden wir sie angenommen, nirgends bestritten, und höchstens eine Theorie buchstäblicher Rechtsanwendung und blos äußerer Consequenz könnte zu der Behauptung führen, daß ungeachtet neuerer milderer Gesetze für vorhergegangene Fälle dennoch die damals angedrohte härtere Strafe zuerkannt und vollstreckt werden müsse. Allein die Gründe würden wieder nach der Consequenz der Theorieen verschieden seyn, und werden meist für blos politische, für eine Gnade, einen unverdienten

Nachlaß, eine wirkliche Ausnahme von der Regel angegeben. Indessen ist dies nicht ganz richtig: viel mehr trifft auch hier ein, was ich bei Gelegenheit einer andern Lehre zu zeigen versucht habe, daß nämlich was sich als Ausnahme einer Regel auf einem bestimmten Gebiete ergiebt, auf einem höhern Standpunkt selbst als Regel darstellt[11]), und in der That glaube ich dies thun zu können, daß in dem erwähnten völlig zu rechtfertigenden Grundsatz nicht blos eine, auf politischen oder Billigkeits-Rücksichten beruhende Ausnahme enthalten sey, sondern daß er eine, aus dem Princip der Gerechtigkeit selbst hervorgehende, nothwendige Bestimmung enthalte.

Man kann nämlich allerdings behaupten, daß, da der Schuldige dem zu der Zeit der That bestehenden Strafgesetze entgegen gehandelt, folglich dessen Strafe verwirkt habe, welche ihn auch getroffen haben würde, wenn sofort ohne Zeitverlust der Schuld die Strafe auf dem Fuße folgen könnte, — nur eine zu seinen Gunsten gemachte Ausnahme sey, nach welcher nun ein neueres milderes Gesetz gegen ihn in Anwendung gebracht würde. Allein diese ganze Ansicht beruht auf einer zweifach irrigen Voraussetzung. Es ist nämlich dabei angenommen, daß ungeachtet des neuern Gesetzes, das doch auch einen vernünftigen rechtlichen Grund haben muß, jenes ältere das jetzt noch in Anwendung zu bringende richtige, und dessen Strafe die gerechte wäre, von der nur aus Gnade eine Abweichung gemacht würde, wodurch etwas Widersprechendes ge-

11) Meine Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafr. N. W. Breslau 1830. Erste Abh. S. 5 f.

haupter würde, und ferner, daß die Strafe, als ein vom Verbrechen wegen seiner Schuld oder nach andern Theorieen aus liegend einem andern Grunde treffendes Uebel, lediglich eine Beziehung auf diesen und nicht auf die Gesammtheit, den Staat und die Gerechtigkeit selbst habe. So ist es aber nicht. Die Strafe als Ausfluß des Rechts hat zunächst die objektive Seite der Gerechtigkeit, und damit eine weit höhere allgemeinere Beziehung, als für den wirklichen Verbrecher ein Uebel oder Leiden, für den möglichen ein Abhaltungsgrund, Abschreckung, Warnung u. s. w. zu seyn, obschon wir die theilweise Richtigkeit auch dieser untergeordneten Rücksichten nicht verkennen [15]). Sie bezieht sich ferner auf die Schuld, mit der sie im nothwendigen Zusammenhange steht, und nur durch diese auf die Person, so fern in ihr die Schuld gegründet, folglich an ihrem Willen, das gebrochene Recht wieder hergestellt werden muß. Diese beiden untrennbaren Gesichtspunkte sind auch bei der Erörterung der uns beschäftigenden Frage im Zusammenhange festzuhalten, und der erste objektive muß als der hauptsächlichste betrachtet werden. Wenn also ein neueres Gesetz eine Strafe mildert, so kann der Grund hier nicht in einer bloßen Willkür gesucht werden, wonach — ohne Rücksicht auf die Nothwendigkeit, daß durch ein Gesetz das erkannte Recht zeitgemäß und rational ausgesprochen werde — die eine ältere Bestimmung und zugleich die andere neue als gerechte nebeneinander bestehen dürften. Vielmehr ist der Grund der mildernden Abänderung entweder in einer anerkannten rechtlichen

15) S. die angef. Untersuchungen S. 30 ff.

Nothwendigkeit zu suchen, wonach künftig nur die mildere Strafe zur Anwendung kommen soll, weil man die frühere überhaupt oder für diese bestimmte Fälle für unangemessen, für dem Rechte auf dem Standpunkte jetziger Gesittung nicht mehr entsprechend hält; oder in einer hinzutretenden politischen Rücksicht, nach welcher man die neben dem Rechte zu erreichenden Zwecke auf eine andere, den Verbrecher und den Staat selbst wieder schwer berührende Weise erlangen zu können glaubt, und dieses ausgesprochen hat. In beiden Fällen macht sich also ein objektiver Gesichtspunkt geltend, gegen welchen das frühere Gesetz nicht mehr bestehen kann, das eben, weil es seine innere Bedeutung verloren hat, dem Bedürfnisse der Zeit gemäß aufgehoben ist. Hat nun ein Schuldiger, welcher der Strenge des frühern Gesetzes verfallen war, den Vortheil, nach dem neuen, zur Zeit der Beurtheilung geltenden Gesetz gerichtet, und mit einer geringern Strafe belegt zu werden, so liegt hier nur scheinbar eine Ausnahme, — in der That ist es völlig gerecht, daß nicht mehr das aufgehobene, sondern das neue, das Recht ausdrückende Gesetz zur Anwendung gebracht wird; es würde im Gegentheil eine Ausnahme seyn, für die es keinen rechtfertigenden Grund giebt, wenn man anders verfahren wollte. Denn, wenn, wie gezeigt ist, eine Nothwendigkeit und das Zeitgemäße erkannt ist, welches künftig allein gelten soll, warum sollte man von der vernünftigen Regel abweichen, da sich jetzt Gelegenheit darbietet, sie auch für frühere Fälle anzuwenden, wo sie gleichfalls begründet ist, und nur damals noch nicht ausgesprochen war? Oder sollte die eine Rücksicht, den Schuldigen härter zu treffen, die nur neben jener

objektiven und mit ihr besteht, zur einzigen und selbstständigen, mit dem Erfolg, gemacht werden dürfen, daß ihr Recht und Sitte zum Opfer gebracht werden müßten?“[24]) Wird eine mildere Strafe oder Strafart zur Genugthuung für das verletzte Recht, und, wenn man durchaus noch andere Rücksichten verlangt, wird sie zur Sicherung, Abschreckung u. s. w. für hinreichend erklärt, so muß diese auch allein zur Ausübung kommen, weil, wie gesagt, die dadurch für den Schuldigen entstehende Begünstigung eine untergeordnete Rücksicht ist; und hierin liegt dann keine Gnade, sondern Recht. Wenn insbesondre die frühere strengere Strafe schon längst gemißbilligt ist, und da sie nicht durch Gesetz aufgehoben, nur in jedem Fall im Wege der Gnade gemildert wurde, — wobei sich die eine Seite des Begnadigungsrechts äußert, die Strenge des gesetzlichen Wortes mit den Forderungen wahrer Gerechtigkeit und der Sitte in Einklang zu bringen und einen vermittelnden Uebergang zu der neuern Gesetzgebung zu machen, — so muß man sagen, daß frühere, nach dem alten Gesetz beurtheilte Verbrecher zwar gerecht —

vom

24) S. die vorige Note. Die Gerechtigkeit erklärt sich für die Zukunft mit dem geringern Maaße befriedigt, aber selbst wenn nur politische Gründe die Gesetzgebung geleitet hätten, müßten diese, welche überall die Rechtmäßigkeit als Grundlage voraussetzen, mehr selbstständige Geltung haben, als die Rücksicht, dem Schuldigen ein bestimmtes Leiden erfahren zu lassen. Ohne nach Bentham's Theorie, das Princip des Nutzens an die Stelle des Rechts zu setzen, kann man die Strafe, wenn sie gleich als Forderung der Gerechtigkeit, nicht ein Uebel, sondern eine Nothwendigkeit ist, doch als einen Aufwand betrachten, der möglichst verringert werden muß, und dessen Maaß daher auch eben nur durch die Nothwendigkeit bestimmt wird. Vgl. meine Kritik des Bentham'schen Systems in den Jahrbüchern der jurist. Literatur. Bd. XVIII.

vom Standpunkte des Richters aus behandelt seyen, daß aber schon längst die Gesetzgebung hätte thun sollen, was endlich geschehen ist, so daß also auch frühere Verbrecher, die nunmehr mit der mildern Strafe belegt werden, aber der Regel nach gerecht beurtheilt werden, die nur bisher anzuwenden die Collision des gesetzlichen Rechts mit der erkannten, aber noch nicht zum ausdrücklichen Gesetz erhobenen Wahrheit verhindert hat; es ist aber nun kein Grund mehr da, von dieser Wahrheit abzugehen.

Einige Beispiele sollen meine Ansicht deutlicher machen. Gesetzt, man hätte — und dies ist wirklich der Fall — die Verwerflichkeit der s. g. qualificirten Todesstrafen anerkennend, für alle todeswürdige Verbrechen künftig nur eine einfache Weise der Lebensberaubung gesetzlich bestimmt, so daß diese auch für die ehemals härter geahndeten Verbrechen, z. B. Verwandten- oder Gift-Mord, zur Anwendung kommen solle; und es käme nun der Fall eines noch vor der Erlassung des neuen Gesetzes verübten s. g. qualificirten Mordes zur Beurtheilung. Hier wird nun nothwendig nicht mehr eine gemißbilligte Weise der Vollstreckung der Lebensstrafe, sondern nur die allein als rechtlich erklärte einfache Lebensentziehung Statt finden dürfen [15]). Oder, in einem Lande wäre in der Ueberzeugung ihrer Unrechtmäßigkeit oder Entbehrlichkeit die

15) Für diese, in neuern Gesetzgebungen, Entwürfen und vielen Schriften so häufig behandelten Punkte, bedarf es wohl nicht besonderer Citate. Man vergleiche, um nur auf das neuere aufmerksam zu machen: Feuerbach Darstellung merkwürdiger Criminalfälle: Bd. I. Nr. 6. S. 9. 10 f. und meine Anzeige darüber in den Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik. 1808. Nr. 85 u. 86.

Todesstrafe gänzlich abgeschafft worden. Sollte hier, während man diese Grundsätze für die richtigen, jetzt zur Anerkennung gelangten, gesetzlich ausspricht, im Widerspruch mit denselben noch nach Jahren eine qualificirte Todesstrafe, oder in anderm Fall überhaupt eine Todesstrafe vollstreckt werden? Dies wird wohl allgemein verneint, und auch darin wird man wohl meist übereinstimmen, daß selbst nicht einmal das Urtheil auf die frühere Strafe lauten dürfe, welches dann im Wege der Gnade gemildert und auf das neue Gesetz zurückgeführt würde. — denn diese Gnade wäre etwas Zufälliges und könnte verweigert werden, — allein der Grund der von allen neuen Gesetzgebungen bestätigten Regel, daß hier das neuere mildere Gesetz in Ausübung zu bringen sey, ist nicht irgend eine begünstigende Rücksicht auf den Schuldigen, der eine solche nicht verdient hat, sondern die ein- für allemal gesetzlich ausgesprochene Unzulässigkeit der qualvollen Lebensberaubungen oder der Todesstrafe; die objektive Rücksicht, daß jene widerrechtlich ꝛc. seyen, also eine Rücksicht des Rechts und der Gerechtigkeit, die nicht mit sich selbst im Widerspruche stehen können, wonach also nicht zugleich die Unstatthaftigkeit dieser Strafen und ihre Zulässigkeit angenommen werden darf [16]). Man ist aber vielleicht

16) Das neue Gesetz, welches z. B. die Todesstrafe oder die qualvolle Weise der Vollstreckung, oder die s. g. verstümmelnden Strafen abschafft, hat nur mittelbar eine Beziehung auf den wirklichen oder möglichen Verbrecher, und durchaus nicht den Sinn einer Begünstigung, als wenn künftig um einen geringern Preis, wie früher, erlangt werden dürfte, was stets verboten war (vgl. meine Untersuchungen S. 9—50) — es bezieht sich zunächst auch auf den Richter, dem dadurch eine allgemeine Regel vorgeschrieben und das Gebiet begrenzt wird, innerhalb dessen

eher geneigt, dieses zuzugeben, weil die, aus dem Gebiet der neuern Gesetzgebungen gewählten Beispiele sich auf die Abschaffung gewisser Strafarten überhaupt beziehen; allein das Princip bleibt nicht minder richtig in Fällen, wo die Milderung nicht zugleich auf die Strafart, sondern nur auf das Maaß sich bezieht; wo die Strafart also beibehalten, das Maaß herabgesetzt ist. Wenn also z. B. gewisse ausgezeichnete Arten des Diebstahls bisher mit 4—8jähriger Freiheitsentziehung bedroht gewesen wären, ein neues Gesetz aber nur 2—4 Jahre Haft anordnete, so würde gleichfalls und aus den nämlichen objektiven Gründen auch der früher begangene ausgezeichnete Diebstahl nur mit der geringen, jetzt allein als gerecht erklärten Strafe zu büßen seyn [17]).

---

er allein unter den jetzt zulässigen Strafarten wählen, und keine, nunmehr gemißbilligte, aussprechen darf. Es ist daher eine völlig unhaltbare Ansicht, wenn K. Samshaber (die Abschaffung der Todesstrafe u. s. w. Augsburg 1851) S. 5. Not. * von einer übrigens jetzt erledigten Sache meint: daß, wenn auch auf den Antrag der französ. Deputirten die Todesstrafe abgeschafft würde, doch deshalb die angeklagten Minister, falls ihr Verbrechen todeswürdig wäre, nicht davon befreit würden. Denn jene „würden nicht vergessen haben, daß ein andres Gesetz keine rückwirkende Kraft hat, sohin die Minister nach dem alten Gesetz zu beurtheilen sind, und also die Deputirten wohl wissen müssen, daß man jedenfalls auch bei Abschaffung der Todesstrafe eine Ausnahme hinsichtlich der Angeklagten könnte oder müßte eintreten lassen." Das Recht, wie die Sitten und Logik, empört sich gegen eine solche Behauptung, die so lautet: „die Todesstrafe erkennen wir als ungerecht, und heben sie deshalb auf, ausnahmsweise wollen wir aber eine wissentliche Ungerechtigkeit begehen, und um einer scheinbaren Consequenz willen soll das höhere wahre Recht zurücktreten müssen und dürfen."

17) Es ist wohl nicht der Einwand zu fürchten, daß eben dieses auch in dem entgegengesetzten Falle, nämlich bei der

Wir verbinden mit dieser Betrachtung noch die Beantwortung einiger hieher gehörigen Fragen.

Was gilt in dem Falle, wo kurz vor dem Erlaß des neuen Gesetzes früher verübte Verbrechen rechtskräftig beurtheilt und zur Vollstreckung gebracht sind?

Hier wird man zugeben, daß, da nach dem bestehenden Rechte gehörig entschieden ist, das neue Gesetz ohne allen rechtlichen Einfluß sey, wie dies ganz unzweifelhaft dann der Fall ist, wenn das Urtheil, die

---

Bestimmung einer härtern Strafe, die nunmehr als die gerechte und nothwendige anerkannt wird, gelten müßte. Beide Verhältnisse und ihre Voraussetzungen sind keineswegs gleich. Ist eine härtere Strafe zur Zeit der Verübung in der Drohung des Gesetzes enthalten, so hat die Anwendung der geringern, für hinreichend für die Zwecke des Rechts und der Politik gehaltenen, kein Bedenken, denn in dem plus ist das minus mitbegriffen, und es leidet also nicht einmal eine Rückanwendung, wenn das frühere Verbrechen nach dem neuern mildern Gesetz beurtheilt wird, da sowohl das Verbot, als die Bestimmung der Größe der Strafe, schon früher, und letztere sogar umfassender da war, folglich es an den Erfordernissen der gerechten Anwendung, auch bei der neuen eintretenden Milderung, nicht gebricht. Dem Verbrecher, der auf diese Weise behandelt wird, geschieht kein Unrecht, er hat auch in dieser gelindern Strafe sein Bewußtseyn und sein Recht, und es hindert also nichts die Strafrechtspflege, das für gerecht anerkannte Princip sofort in Ausübung zu bringen. Nicht so verhält es sich aber im Fall der durch ein späteres Gesetz ausgesprochenen schwerern Strafe. Denn indem hier in der That in quanto oder auch in quali eine Strafe enthalten ist, so würde eine unzulässige Rückanwendung Statt finden, und dem Verbrecher angethan, was er in sein Bewußtseyn nicht aufgenommen hatte, nicht wissen konnte. Auf dieses Wissen, oder wenigstens die Möglichkeit davon, muß allerdings Rücksicht genommen werden, wiewohl aus andern Gründen, als denen der psychologischen Abschreckung, obschon auch diese bei Seite zu setzen ist. Nur räumen wir dieser ihrer Warnung nicht die Stelle eines selbstständigen Rechtsgrundes ein. Wenn nämlich gleich die Drohung und Warnung nicht den Haupt-

Strafe, vollzogen ist, womit das ganze Verbrechen von der criminalrechtlichen Seite getilgt ist. Für das vergangene ist ohnedies eine eigentliche Aufhebung unmöglich, und die Restitution immer nur eine mittelbare. Daß aber bei andern auf die Dauer berechneten Strafarten — die jetzt die häufigsten sind — bei Freiheitsstrafen, — die Vollstreckung in einen längern Zeitraum, also auch in die Periode des neuen Gesetzes fällt, kann für den rechtlichen Begriff, wo-

---

gesichtspunkt darbietet, der bei der Strafe in Betracht kommt, wenn gleich diese so wenig den Charakter des Verbrechens bestimmt, als das Gesetz den des Rechts, so sind sie doch wesentliche, wiewohl untergeordnete Momente, die auf dem jetzigen Standpunkt, wo die Gesetzgebung ein so sehr erweitertes Gebiet hat, nicht entbehrt werden, sie müssen wenigstens mittelbar in der Analogie begründet seyn. Hier enthält aber das frühere minus nicht das spätere plus, und dessen Anwendung kann daher, dem Rechte nach selbst, nur für die Zukunft erfolgen, und durch keine politische Rücksicht eine retraktive Wirkung vertheidigt werden. In solchen Fällen tritt also unmittelbar die erwähnte bekannte Regel ein: L. 7. Cod. de legibus: „Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari"; und nur mit nothwendigen, durch die Verschiedenheit der Voraussetzungen gebotenen Beschränkungen läßt sich auch das in L. 29. Cod. de testam. aufgestellte Princip hierübertragen: „quid enim antiquitas peccavit, quae praesentis legis inscia, pristinam secuta est observationem?" Vgl. Nov. 66. Cap. 1. pr. „Sancimus, ex illo nostras constitutiones valere, ex quo in communi notae sunt manifestae." Hieher gehört auch die bei den Klassikern und in den Formeln der Gesetze so häufig wiederkehrende Ausdrucksweise: cautum in *posterum*, oder *ne quis postea* etc. — Vgl. Cap. 2. u. Cap. ult. X. de constitution. A. D. Weber über die Rückanwendung u. s. w. §. 1—15. Sehr unvollständig sind die das Strafrecht betreffenden Gesichtspunkte §. 57. angegeben; eben so bei L. Fredericq, Specimen jurid. de effectu legum ad praeteritum non revocando. Gandavi 1817. 4. §. XVI.

nach die Strafe in der Vollziehung als Einheit aufgefaßt wird, keinen Unterschied machen. Es läßt sich indessen nicht in Abrede stellen, daß sich hier leicht ein Mißverhältniß zu den nach dem spätern Gesetz beurtheilten Uebelthaten, insbesondre dann zeigt, wenn dieselbst noch vor demselben verübt sind, so daß unter andern die oft zufälligen und äußern Gründe im Geschäftsgange, welche eine Sache vor der andern erledigen lassen, oder ihren Aufschub veranlassen, dem Schuldigen zum Vortheil oder Nachtheil gereichen. Solches Mißverhältniß auszugleichen, ist eine Aufgabe, nicht des Richters, dessen rechtskräftiges Urtheil feststeht, sondern dessen, dem das höhere Recht und die Pflicht zusteht, die Gerechtigkeit in ihrer allgemeinen Bedeutung mit dem strengen Worte zu versöhnen. Nur die Begnadigung, — ein Nachlaß der Strafe, so weit sie noch nicht vollstreckt ist, so weit es also möglich ist, das richtige Verhältniß zu dem später nach dem neuen Gesetz beurtheilten Falle herzustellen, ist hiezu der verfassungsmäßige Weg, und es ist darauf die höchste, hiezu befugte Gewalt aufmerksam zu machen, wenn nicht, wie es oft geschieht, die entsprechende Verfügung hierüber allgemein zugleich mit dem neuen Gesetze erlassen wird [18]). Ist aber die bereits zur Vollstreckung gebrachte Strafe von einem Nebenübel begleitet, welches noch nicht eingetreten ist, und welches, nach dem neuen Gesetze, nicht mehr Statt finden soll, so muß sich, nach dem oben Ausgeführten, der objektiv rechtliche Gesichtspunkt, als ein nothwendiger, selbst gegen das

18) Dies ist z. B. in Baiern geschehen, nachdem die Strenge der Bestimmungen über die Strafe des Diebstahls durch die Novelle v. J. 1816 gemildert wurde.

rechtskräftige Urtheil geltend machen. Nehmen wir also an, die unter dem unpassenden Namen des Abschiedes bekannte körperliche Züchtigung der Strafgefangenen bei ihrer Entlassung werde aufgehoben, so darf sie auch an den früher zu einer solchen Verurtheilten nicht vollzogen werden. Ja ich glaube es rechtlich vertheidigen zu können, daß, wenn, wie es jetzt fast überall verfassungsmäßig ausgesprochen ist, die allgemeine Güterconfiscation abgeschafft ist, diese, auch nach dem Urtheil, dessen Vollstreckung aber noch nicht erfolgt ist, selbst dann nicht mehr in Vollzug gebracht werden dürfe, wenn das Verbrechen ein solches war, wegen dessen nach gemeinem Rechte das gesammte Vermögen des Thäters sofort und ipso jure dem Staate verfallen war, so daß das Urtheil nicht eigentlich eine jetzt erst festgestellte Bestimmung, sondern eine nachträgliche Erklärung enthält, und auf den Moment der That zurückgezogen wird.

Ein anderer Fall ist der, wo zwar nach dem ältern bestehenden strengen Gesetz ein Strafurtheil gefällt, dieses jedoch nicht rechtskräftig geworden ist, indem entweder ein Rechtsmittel, weitere Vertheidigung u. s. w. dahin ergriffen, oder auch ohne diese, nach der Gerichtsverfassung, eine wiederholte Prüfung und weitere Beurtheilung vor einem hohen Gerichtshofe Statt finden muß. Ist in der Zwischenzeit das neue Gesetz erlassen worden, welches dem Angeschuldigten günstiger ist, so muß, nicht deshalb, sondern wieder aus dem gedachten objektiven Grunde, dieses bei der Beurtheilung die Norm abgeben. Hier setzen wir jedoch den reinen Fall voraus, daß, bei feststehender Schuld und des Grades derselben, es sich lediglich um die Frage

handle, ob selbst, wenn sich sonst die Nothwendigkeit ergäbe, das frühere Urtheil, als an sich und nach den damals bestehenden Verhältnissen gerecht, lediglich zu bestätigen, jetzt dieses geschehen, oder die neuere gelindere Strafe ausgesprochen werden müsse, was meine Ansicht ist. Es kann aber, außer diesem sich stets geltend machenden Gesichtspunkte, noch eine Combination anderer Rücksichten hinzutreten, wodurch zwar an den hier aufgestellten Principien für sich nichts geändert, aber das Resultat noch auf andere Weise herbeigeführet wird. Wenn also in höherer Instanz die Akten noch nicht für spruchreif erklärt, wenn nothwendige Ergänzungen verfügt werden, denen ein neues Urtheil folgen soll; wenn in Folge einer Nichtigkeitserklärung wegen Mängel, die in der vorigen Instanz vorgefallen sind, von Neuem geurtheilt werden muß: so geschieht dies bei dem frühern, zur ersten Beurtheilung zuständigen Gerichte, welches nunmehr nicht nur die Mängel gut zu machen, sondern auch das neue gelindere Gesetz zu Grunde zu legen hat. Außerdem ginge eine Instanz verloren, was nicht geschehen darf. Tritt ein solcher Umstand nicht ein, kann unter Voraussetzung der formellen Rechtmäßigkeit des frühern Urtheils und alles dessen, wovon diese, auch in Ansehung der vorausgegangenen vollständigen rechtlichen Untersuchung, abhängig ist, in der weitern Instanz sofort gesprochen werden, — indem nur die materielle Richtigkeit des Urtheils Gegenstand der wiederholten Prüfung ist, und findet nun das Ober-Gericht Gründe, das frühere Urtheil zu mildern, z. B. es verwirft die Ansicht, daß der Schuldige Urheber sey, und erklärt ihn nur für einen Gehülfen, und nimmt nur *culpa*, nicht den

früher präsumirten *dolus* an, es hält die That für Todtschlag, nicht für Mord, und findet in derselben nur eine Ueberschreitung der Grenze rechtmäßiger Nothwehr u. s. w.; so wird nun zu dieser in der Qualität des beurtheilten Falles liegenden — nicht Milderung — sondern gerechte Würdigung, welche auch nach dem ältern Gesetze hätte Statt finden sollen, noch die andere hinzutreten müssen, welche aus dem nun in Wirksamkeit zu bringenden neuen Gesetze hervorgeht.

Eine andere hieher gehörige Frage ist diese: Welches ist das gelindere Gesetz, von dem eben die Regel oder Ausnahme gilt, daß es als älteres, ungeachtet der neuen Bestimmung für den frühern Fall, oder umgekehrt, als jüngeres für den ältern Fall, obgleich sonst keine rückwirkende Kraft Statt findet, zur Anwendung kommen soll? Diese Frage beantwortet sich einfach, wenn gerade nur für eine besondere Verbrechensart eine gesetzliche Bestimmung erlassen, der gesammte Umfang aber der bestehenden Gesetzgebung im Uebrigen nicht abgeändert wird. Schwieriger ist sie aber, wenn die Abänderung weiter geht. Man begeht nämlich häufig den, durch die Fassung des Strafgesetzes selbst herbeigeführten Irrthum, die ganze Regel lediglich auf Gesetze zu beschränken, welche eine Strafe bestimmen, wobei es eine, jedoch nur in abstracter Allgemeinheit leicht zu entscheidende Frage ist, welche Strafe die leichtere oder schwerere, geringere oder größere sey, besonders wenn bei gleicher Qualität der Strafe, z. B. bestimmter Art der Freiheitsbeschränkung, nur die quantitativen Verhältnisse zu berücksichtigen sind. Indessen ist selbst hier die Rück-

sicht auf die Strafbestimmung, als unmittelbare, nicht zureichend und nicht allein entscheidend, und noch weniger ist dieses der Fall, wenn durchgreifende, das ganze Gebiet des Strafrechts berührende Aenderungen getroffen sind. Ja gegen diese tritt die allgemeine (abstracte) Strafbestimmung in den Hintergrund, so daß zwei Gesetze, das ältere und neuere, selbst die gleiche Strafe androhen, und dennoch, wenn man auf die concreten Verhältnisse sieht, so verschieden seyn können, daß eins vor dem andern strenger oder milder ist. Ich nenne die Gleichheit eine abstracte, wenn z. B. die im alten Gesetz bestimmte Strafe von 2 — 4 Jahren Zuchthaus im neuen beibehalten wäre: es kann dabei eine völlige Ungleichheit im Uebrigen, im Concreten eintreten, wenn die Voraussetzungen, unter denen das ältere, und die, unter welchen das neuere Gesetz diese Strafe angewendet wissen will, verschieden sind. Auf solche Voraussetzungen müssen wir also hauptsächlich sehen. Demnach ist das Gesetz unter übrigens gleichen Verhältnissen das gelindere, welches mehrere Erfordernisse zum vollen Thatbestand aufstellt, also den Beweis und die Anwendung der vollen Strafe erschwert, so daß öfters eine Unvollständigkeit des Thatbestandes angenommen werden wird, welche eine Herabsetzung der Strafe zur Folge hat, worauf sich eine Menge willkürlich ersonnener Milderungsgründe beziehen; strenger dasjenige, welches vorige Voraussetzung der Zulässigkeit der vollen ordentlichen Strafe aufstellt, die denn also leichter ausgesprochen wird. Nehmen wir ein bekanntes Beispiel. Gewöhnlich, aber mit Unrecht, nimmt man in den Begriff und Thatbestand des Verbrechens der Kindertödtung oder des Kin-

dermords, im engern Sinne, außer dem Erforderniß und Merkmal des Lebens, welches durch die fragliche Handlung entzogen wird, auch die Lebensfähigkeit auf [19]). Offenbar ist hier die Ansicht, oder, wenn ein Gesetz dieses Erforderniß bestimmt aufstellt, die Bestimmung, daß die Lebensfähigkeit des neugebornen Kindes ein herzustellendes Erforderniß des Thatbestandes sey, bei übrigens gleichen Grundsätzen über die Strafbarkeit, gelinder, als die entgegengesetzte, richtige, indem nun in allen Fällen, wo diese Lebensfähigkeit nicht hergestellt, wo sie entweder zweifelhaft, oder erweislich nicht vorhanden ist, die ordentliche Strafe ausgeschlossen wird, während, nach der entgegengesetzten, bei übrigens vorhandenem Thatbestand, auf die volle Strafe so gut wie bei jeder andern Tödtung erkannt werden müßte. Ein anderes Beispiel bietet die bekannte Streitfrage über die objektiven Voraussetzungen des s. g. dritten Diebstahls dar, worüber auch die, auf gemeinrechtlicher Grundlage beruhenden spätern Gesetze verschiedener Länder abweichend sind. Gelinder ist im Resultat die Ansicht, welche strengere Erfordernisse des Thatbestandes, hier nämlich die vorhergegangene mehrmalige Bestrafung wegen Diebstahls, aufstellt; strenger im Gegentheil die, welche sich leichter, mit wenigen Erfordernissen, hier mit dem bloßen Factum mehrfacher nach einander verübter Entwendungen begnügt [20]).

Aber nicht blos von dem objektiven Thatbestande gilt diese Bemerkung; sie bezieht sich eben so auf

19) S. darüber meine Abhandl. in den allgem. Jahrbüchern. Th. XVI. S. 15 f.

20) Vgl. ebendas. S. 270—272.

den subjektiven. Wir führen als Beispiel die verschiedene Auslegung der den Begriff eines s. g. bewaffneten Diebstahls bestimmenden Worte des Art. 152 der P. G. O. an: „mit Waffen — damit er Jemand, der ihm Widerstand thun wollte, versetzen möchte" — die strengere Ansicht im Resultat für die Strafe ist die, welche „möchte" für „könnte", und also die Thatsache der Bewaffnung allein für hinreichend hält, wodurch dieser Fall auf die objektive Seite bezogen wird; die gelindere, welche „möchte" für „beabsichtigen wollte" nimmt, somit ein zu erweisendes Erforderniß des subjektiven Thatbestandes, eine Modalität des Dolus aufstellt, deren Unerweislichkeit die strengere Strafe ausschließt.

Allein diese Bemerkungen erschöpfen noch nicht den Gegenstand der Erörterung. Unabhängig von den allgemeinen und besondern Bestimmungen über die Merkmale des Thatbestandes der Verbrechensgattungen und Arten, kommen hier auch noch andere — dem s. g. allgemeinen Theil angehörige Grundsätze in Betrachtung, die, wenn sie in Gesetzen ausgesprochen werden, deren Verhältniß zu andern, ihnen der Zeit nach vorhergegangenen, festgestellt werden soll, hier gleichfalls nicht übersehen werden dürfen. Dies gilt insbesondere von den gesetzlichen Bestimmungen über die verschiedenen Arten der Theilnahme an einem Verbrechen, über das Verhältniß von Urhebern, Gehülfen ꝛc. zu einander, über die Grenze zwischen dolus und culpa, über die gesetzliche Vermuthung des erstern im Zweifel, über Versuch und Vollendung. Es gehört hieher die Aufstellung von Milderungs- oder Schärfungsgründen, sowohl in Ansehung besonderer Verbrechensarten, als

auch überhaupt, z. B. in wie fern Jugend und ein gewisses Alter von manchen Strafarten, — wie der Todesstrafe, befreien, oder überhaupt auf eine gelindere Behandlung Anspruch geben sollen [21]). Gesetzt also, ein neues Gesetz verhängt für ein gewisses Verbrechen eine geringere als die bisherige gesetzliche Strafe, es hätte aber zugleich dem Begriff des Urhebers eine so weite Ausdehnung gegeben, daß solche Individuen, die früher in der Eigenschaft von Gehülfen beurtheilt worden wären, nunmehr zu den erstern gerechnet werden müßten; oder es hätte, mit Anerkennung dieses Unterschiedes im Allgemeinen, für gewisse Fälle, Gehülfen in der Strafbarkeit den Urhebern völlig gleichgestellt, so wird sich dasselbe neue Gesetz, welches für wirklichen Urheber die Eigenschaft eines gelindern annimmt, in Ansehung der Gehülfen als das härtere erscheinen können, indem es hier auf eine genaue Ausmittelung der nähern, bei der gesammten Beurtheilung in Erwägung zu ziehenden Umstände ankommt, um zu entscheiden, ob nach dem ältern oder dem spätern Gesetze eine strengere Strafe eintrete. Oder, ungeachtet der neuen gelinden Strafbestimmung, wäre der Unterschied zwischen Vollendung und Versuch anders festgestellt, ja für manche Fälle ganz aufgehoben, und gleiche Behandlung verordnet [22]). Und eben so kann hinsichtlich dieser und anderer Verhältnisse, die wir, um nicht zu ausführlich zu werden, übergehen, auch das Umgekehrte der Fall seyn.

21) S. z. B. baier. Strafgesetzbuch Th. I. Art. 99. vgl. mit Art. 19.

22) Beispiele bieten das römische Recht, das französische u. s. w. dar. Vgl. Jarcke Handbuch des Strafrechts Th. I. §. 51. Henke Handb. Th. I. §. 40. f.

Wir werden also die Regel dahin zu stellen haben, daß bei der Bestimmung, die wir suchen, welches Gesetz das strengere oder gelindere sey, nicht auf dieses allein, sondern auf den Inbegriff aller im besondern Fall zur Anwendung zu bringenden, rechtlichen Grundsätze gesehen werden müsse, so daß jede gesetzliche Anordnung, welche bei der concreten Beurtheilung in Anwendung gebracht, auch nur mittelbar auf härtere oder gelindere Ahndung Einfluß haben muß, hieher gehört. Dies ist um so einfacher, je mehr man den innern und nothwendigen Zusammenhang aller, die That und Handlung als solche begründenden und charakterisirenden Verhältnisse und Momente erfaßt, worüber ich meine Ansichten ausführlicher in meinem System dargelegt habe [45]). Die richtige Auffassung dieses Zusammenhanges wird zugleich dazu dienen, einen sonst möglichen Irrthum zu beseitigen. Es ist dabei in Erinnerung zu bringen, daß wir von dem Falle eines zur Zeit des Bestehens des ältern Gesetzes begangenen Verbrechens handeln, welches später, nach dem Erlaß des neuern Gesetzes, zur Beurtheilung kommt, und wobei das neuere Gesetz, in so fern es dem Strafbaren günstiger ist, rückwirkende Kraft haben soll. Nehmen wir nun nicht den Fall, der leicht entschieden ist, wo mit Beibehaltung der Grundlagen und übrigen Voraussetzungen der rechtlichen Beurtheilung nur das Strafmaaß geändert ist, sondern denken wir uns den Fall, der bei umfassenden neuern Gesetzgebungen eintritt, daß nämlich die Aenderungen sich in den vielen, oben angedeuteten und andern Punkten äußern, daß rücksichtlich einiger unmittelbar

45) Vorrede S. XXXVI f. u. §. 68 ff.

oder mittelbar größere Strenge, in Ansehung anderer größere Milde herrsche, so kann bei der Schwierigkeit und Mannichfaltigkeit der hier nothwendigen Combinationen die Beantwortung der vorliegenden Frage zu manchem Zweifel führen. Hier haben wir es dann aber nicht mit dem einzelnen Strafgesetz zu thun, um zu bestimmen, ob dieses als das härtere oder mildere für einen Fall, wie der oben bezeichnete, zur Anwendung zu bringen sey, sondern hier ist, als Strafgesetz, der Inbegriff der in concreto zusammenzufassenden Bestimmungen zu betrachten. Es würde also unzulässig, und rechtlichen Principien und deren richtiger Anwendung nicht entsprechend seyn, wenn man aus beiden, den alten und neuen Gesetzen, dasjenige ausheben und anwenden wollte, was das günstigste wäre, z. B. aus dem ältern Gesetze eine Bestimmung, welche das Alter, wo nicht volle Zurechnung zur ordentlichen Strafe eintritt, weiter hinausgeschoben hätte, als das neuere; aus dem neuern hingegen die, welche die Strafe herabsetzt; — wenn man dort ein gelindes Princip über den subjektiven, hier über den objektiven Thatbestand heraushebn wollte. Vielmehr ist hier so zu verfahren, daß jede Gesetzgebung als eine in sich zusammenhängende organische Einheit aufgefaßt werde. Man wird also den Fall, wie er vorliegt, einer zweifachen gewissenhaften rechtlichen Würdigung zu unterwerfen haben; man muß ihn sowohl nach der ältern Gesetzgebung, die zur Zeit der That in Kraft war, als auch nach der neuern, und in beider Hinsicht nach der ganzen untrennbaren Eigenthümlichkeit dieser Gesetzgebungen beurtheilen, um so durch Vergleichung der letzten Resultate der gänzlichen oder theilweisen Freisprechung, oder der

größern oder geringern Strafe, die geforderte Entscheidung darüber zu begründen, welche Gesetze hier dem Richterspruch zur Norm dienen sollen.

Indem wir damit zugleich auf das Verfahren gewiesen sind, führt uns dieses schließlich noch auf eine andere Frage und deren Beantwortung. Das Verfahren enthält bekanntlich, außer den mehr die Form der Verhandlungen, Untersuchungen u. s. w. betreffenden Bestimmungen, auch eine Reihe theils wirklich materieller Rechtssätze, theils solcher, welche, wenn sie auch zunächst mehr die Form zum Gegenstand haben, doch mittelbar das materielle Recht, den Inhalt des Urtheils mit bestimmen. Durch solche kann aber ein so wesentlicher Einfluß auf das ganze Ergebniß herbeigeführet werden, daß auch die prozessualischen Gesetze in den Kreis der erwähnten Betrachtung, in den nothwendigen Zusammenhang mit aufgenommen werden müssen, um so mehr, als vielfach auf diese als Ergänzung und Schlußstein des ganzen Systems Bezug genommen wird [24]). Oder sollte es, zur Entscheidung der hier zu beantwortenden Frage, nicht auch in Erwägung kommen, daß z. B. das eine Gesetz eine Untersuchung nur auf Antrag einer bestimmten wenigstens mittelbar verletzten Person zuläßt, das andere sie von Amts wegen eingeleitet wissen will? daß das eine eine s. g. außerordentliche Strafe bei dem Mangel eines erforderlichen Beweises zuläßt, das andere aber nicht? Die ganze Lehre vom Beweise greift wesentlich in das materielle Recht ein. Wenn, wie es zum Theil geschehen

24) Meine Bemerkungen über das Studium der Rechtswissenschaft. Breslau 1831. §. 21—25.

hen ist, die aufgehobene Folter an einigen Orten wenigstens vorübergehend, um einer nicht zu rechtfertigenden Consequenz willen, wieder eingeführt wurde, so trage ich kein Bedenken, ihre Zulässigkeit für früher verübte, später untersuchte Verbrechen durchaus zu läugnen. Zwar macht man sich die Sache meist leichter; man wendet jenen Grundsatz nicht bei neuen Prozeßgesetzen an, die gewöhnlich von einer bestimmten Zeit an ohne Ausnahme gelten sollen, für alle zur Untersuchung kommende Fälle, ohne Unterschied, ob sie sich vor oder nach der Publication der neuen Prozeßgesetzgebung ereignet haben. Und hiefür ließe sich noch eher der Umstand zur Rechtfertigung anführen, daß auch die mit dem neuen Verfahren in Verbindung stehende Gerichtsverfassung solche Aenderungen erlitten haben kann, welche es unmöglich machen, oder sehr erschweren, zugleich die Rücksicht auf das frühere Verfahren in der Art praktisch durchzuführen, wie es oben von der doppelten Beurtheilung nach den Principien des ältern und neuern materiellen Rechts bemerkt ist [25]). Wenigstens ist dieser Grund, verbunden mit der Hoffnung, daß die neuere Verfahrensweise ein Fortschritt der Zeit, und demnach besser, der Gerechtigkeit entsprechender, als die frühere sey, triftiger, als die unrichtige Behauptung, daß das Verfahren überhaupt nur die Form be-

25) Hieraus ergiebt sich zugleich der nahe Zusammenhang der Gerichtsorganisation und der andre Theil der Gesetzgebung, wenn es auf die Frage ankommt, wem verfassungsmäßig das Recht über erstere, abändernde Bestimmungen zustehe. Vgl. (Feuerbach) „die Gerichtsverfassung eines constitutionellen Staats, kann sie durch bloße Verordnungen rechtsgültig abgeändert werden? Nürnberg 1850."

treffe, auf den Inhalt der zu beurtheilenden Sache aber keinen Einfluß habe. Wir wollen die Bemerkungen, zu denen die Lehre der Richtigkeit, der Rechtskraft, der Rechtsmittel u. s. w. Veranlassung geben, unterdrücken, und nur aus der Lehre der Urtheilsfällung auf den direkten Einfluß aufmerksam machen, den die organische Bestimmung über die Zahl der zu dem richterlichen Collegium erforderlichen Mitglieder, und über die Art und Weise, die Stimmen zu zählen, z. B. im Fall eine absolute Mehrheit nur durch Combination erlangt werden kann, ausübt. Es ist sehr wichtig, ob, wie manche Gesetze bestimmen, die Frage: ist der Angeklagte schuldig? von einer gewissen Zahl der Richter mindestens bejaht werden müsse, oder ob Mehrheit überhaupt hinreiche; ob demnach das Collegium mehr oder weniger stark seyn müsse, um über diese und die daran weiter zu knüpfenden Fragen zu entscheiden, oder nicht. Hier kann also auch durch das Verfahren, selbst bei sonst gleichen Voraussetzungen, ein bedeutender Unterschied herbeigeführt werden, der bei der Frage, welches Urtheil im concreten Falle das dem Angeschuldigten günstigere sey, eben deshalb nicht übersehen werden darf, und wo es auf Gerechtigkeit ankommt, sollte die bloße Schwierigkeit oder größere Mühe nicht einen hemmenden Einfluß ausüben dürfen.

Wie aber früher gegen die Trennung des Zusammengehörigen, gegen die Willkür gesprochen wurde, aus dem alten und neuen Recht zu schöpfen, so kann hier natürlich, so weit es möglich ist, im spätern Verfahren noch die Eigenthümlichkeit des frühern zu würdigen, nicht der Sinn der seyn, den wesentlichen Zusammenhang, der zwischen der eigentlichen Straf-

gesetzgebung und dem Prozeß besteht, zu unterbrechen, und es muß vielmehr auch hieran, so weit es sich thun läßt, festgehalten werden. Doch geben wir gern zu, daß für viele Fälle die unmittelbare Anwendung der neuen Prozeßgesetze, wie es meist vorgeschrieben ist, minder bedenklich seyn wird, wenn auch bei der Beurtheilung auf ein älteres Strafgesetz in der zuerst angenommenen Bedeutung Rücksicht zu nehmen seyn sollte.

XIX.

Beiträge zur Lehre von den Ehrenkränkungen und Prüfung der Vorschriften der bisherigen Gesetzgebungen über Injurien.

Von

Mittermaier.

Die Aufgabe für eine Strafgesetzgebung, weise Vorschriften in Bezug auf Ehrenkränkungen zu geben, gehört unfehlbar zu den schwierigsten. Es soll auf einer Seite die wahre Ehre geschützt und vor den Angriffen des giftigen Verläumders und des schmähsüchtigen Frevlers sicher gestellt, auf der andern Seite soll den übertriebenen Forderungen der Empfindelei, oder des vornehmen Dünkels entgegengewirkt werden, der durch die unbedeutendste, den Hochmuth verletzende Aeußerung sich beleidigt fühlt, und eine Injurienklage gegen denjenigen anstellt, der ihn nicht bei dem rechten Titel nennt, oder über die schlechten Pferde des Klägers spottet. Es soll auf einer Seite das Recht auf Wahrheit und die Redefreiheit in weise Verbindung gesetzt werden mit den Ansprüchen der Bürger auf Ehre. — Ein

Blick auf den jetzigen Zustand der Lehre in der Praxis gewähre kein erfreuliches Resultat. — So gern man sonst zugiebt, daß das römische Recht eine reiche Ausbeute auch im Strafrechte gewähret, und daß selbst in der Lehre von den Injurien [1]) die Aussprüche der römischen Juristen feine Unterscheidungen und wohl zu beachtende Gesichtspunkte [2]) enthalten, so war doch die römische Ansicht über Injurien überhaupt nicht genügend, um die Praktiker richtig zu leiten. — Der allgemein gefaßte Begriff von injuria, als Verletzung der existimatio in dem Sinne, in welchem dies Wort den Genuß der vollen Rechtsfähigkeit, oder der Persönlichkeit bezeichnet, mußte zu wenigen Folgerungen führen, wenn man injuria als gleichbedeutend mit der Verletzung der Ehre nehmen wollte. Auf jeden Fall halten die Römer bei den Angriffen auf die existimatio zu sehr die rein materielle Beziehung auf die Vermögensrechte hervorgehoben [3]), und die Ehre als ein Gut betrachtet, das zu Geld angeschlagen werden konnte, woraus sich die actio injuriarum aestimatoria erklärt. Ohnehin folgt daraus, daß das römische Recht auch eine wenig Darstellung der bei den Römern begründeten sittlichen Ansichten von Ehre war, noch nicht,

1) S. darüber besonders die neueren Entwickelungen von Walter in diesem Archive IV. Bd. Nr. V. u. Nr. XII. Neustetel über Büchernachdruck S. 29. Marezoll über bürgerliche Ehre S. 6—12. Burchardi Rechtssystem der Römer S. 584.

2) Z. B. l. 15. §. 2. mit l. 15. §. 15—24. D. de injuriis verglichen, lehrt, wie wenig die Römer jedes einem Andern unangenehme Wort schon mit Strafe belegten, und überall mehr auf die infamatio Rücksicht nahmen.

3) Carmignani teoria delle leggi della sicurezza sociale. Pisa 1831. Vol. I. p. 207.

daß die darauf sich beziehenden Ansichten auch als Norm für unsere Zeiten gelten sollen [4]), da schon in der Lehre von den Ehrenverletzungen die Ansichten verschiedener Völker von einander abweichen, und insbesondere bei den Deutschen vor Einführung des römischen Rechts andere Ansichten als in Rom im deutschen Volke eingewurzelt waren [5]). — Zwar wird sonst im gemeinen deutschen Criminalrechte es besonders wichtig, eine Grundlage der Praxis in den Ansichten zu finden, mit welchen die italienischen Juristen des 15ten bis 16ten Jahrhunderts die römischen Stellen betrachteten und als anwendbar erklärten, allein auch diese Quelle ist in der Lehre von den Injurien nicht sehr reichhaltig; bei dem ältern Juristen z. B. in Bonifacius [6]) fehlt es völlig an festen Grundsätzen, da der weite römische Begriff von injuria: omne quod non jure fit, die Schriftsteller leitete; selbst in Clarus [7]) mangelt es an einem Princip; dieser scharfsinnige Jurist fühlte aber schon, daß der Begriff auch enger und gleichbedeutend mit der eigentlichen Ehrenkränkung genommen werden müsse; aber dennoch dehnt er noch das Gebiet der Injurien zu weit aus [8]), und in Bezug auf die Gestattung der Einrede der Wahrheit läßt sich Clarus durch völlig grund-

4) Jarke in Hitzig's Zeitschrift Heft 54. S. 259.

5) Ueber diese Ansichten s. Dreyer vermischte Abhandl. aus dem deutschen Rechte. 1. Bd. Nr. 1.

6) In seinem tractatus super malefic. in der Ausgabe von Ang. Aretinus de malef. Venet. 1607. p. 188.

7) S. Clarus, sent. V. §. injuria, in der Genfer Ausgabe p. 180.

8) Z. B. der Vorwurf, daß jemand unehelicher Geburt sey, Hörner trage, oder Vorwurf der Blindheit, Lahmheit u. s. w., wird von Clarus als Injurie erklärt.

lose Distinctionen seiner Vorgänger irre leiten. Auf diese Art war für die Begründung richtiger Ansichten über Injurien und einer den Bedürfnissen entsprechenden Praxis wenig geleistet. An festen Grundsätzen fehlte es, insbesondere erkannte man nicht klar den Unterschied von Verläumdung und einfacher Injurie, und stellte die sonderbarsten Ansichten über den animus injuriandi auf, indem man ihn als ein nothwendiges Erforderniß jeder Art von Injurie ansah, und so nicht selten auch demjenigen, der nachweisen konnte, daß der Andere ihn fälschlich eines Diebstahls beschuldigte, den Beweis auflegte, daß der Beklagte die Aeußerung mit animus injuriandi gethan habe. In Weber's berühmter Schrift fehlte es nicht an einigen trefflichen und praktisch richtigen Bemerkungen und Sätzen, aber es mangelte ein festes Princip. Durch die im gemeinen Rechte regelmäßig als Schutzmittel der Injurie gestattete actio injuriarum, so daß der Kläger in den schleppenden Formen eines Civilprozesses sein Recht verfolgen mußte, verlor der Zartfühlende die Lust, die Ehre zu Geld anzuschlagen, den langsamen Civilprozeß mit dem Gegner, der in jeder Prozeßschrift den Kläger noch mehr ärgerte, durchzustreiten, um am Ende eine Summe Geldes für seine schwer angegriffene Ehre zu erhalten. Eben in jenen Ständen daher, in welchen das Ehrgefühl sich am stärksten aussprach, entstand die Einsicht, daß das gegebene Schutzmittel der actio injuriarum den Bedürfnissen nicht entspreche, so daß man sich schämte davon Gebrauch zu machen, und das Mittel des Duells war es, das man daher als Ehrenrettungsmittel wählte, da die Gesetzgebung für ein anderes nicht genug gesorgt hatte. In der Reichs-

gesetzgebung von 1668 hatte sich zwar ein richtiger Sinn in so fern ausgesprochen, als man fühlte, daß dem Duell nicht auf andere Art sicher vorgebeugt werden könne, wenn man nicht einen bessern Schutz der Ehre geben würde, und daß die Ehrenkränkung mit öffentlicher Strafe belegt werden müsse; allein dieser Reichsschluß erhielt keine Gesetzeskraft. Das Mittel der Abbitte und Ehrenerklärung konnte nicht befriedigen, da eine solche Erklärung nur eine Bedeutung haben kann, wenn sie der Beleidiger aufrichtig und ehrlich unter Umständen, die seine Reue verbürgen, giebt, eine solche gezwungene Abbitte aber nur eine Form ist, bei welcher der schlaue Beleidiger es in seiner Gewalt hat, durch sein Benehmen auszudrücken, daß er nur gezwungen ist und daher den Kläger durch den Hohn, der im Tone der Rede und in allen Mienen liegt, noch empfindlicher zu kränken, als er es durch die erste Injurie that. — Wählte auch der Beleidigte das Mittel auf Strafe zu klagen, so hatte der deutsche Gerichtsgebrauch das wahre Verhältniß der Injurie wenig gewürdigt; eine Geldstrafe oder eine Gefängnißstrafe von ein paar Wochen wurde erkannt, und da man die Injurien, von denen man die Verläumdung nicht genug absonderte, nicht als peinliche Fälle betrachtete, so erfolgte die Verurtheilung gewöhnlich auf den Grund einer schlecht geführten polizeilichen Untersuchung.

Wie einflußreich eine weise Gesetzgebung über Injurien wird, wurde dabei wenig bedacht, da man nicht erwog, daß ein Jedem angebornes Gefühl den Bürger empfindlicher als gegen Vermögensverlust, gegen Angriffe der Ehre und vorzüglich gegen die Verläumdung macht, und daß da, wo der Staat nicht schützt, der

Beleidigte sich selbst Recht schafft, und da, wo es Gründen angehört, in denen handgreifliche Argumente zum gebrauche werden, Gewalt übt, oder in höheren Ständen, um den herrschenden Vorurtheilen zu genügen, das Mittel des Duells wählt. — Wohl verdient unter solchen Umständen die Lehre von den Injurien eine neue wissenschaftliche Prüfung. Es sey erlaubt, einige der wichtigsten Punkte dieser Lehre hier zu erörtern, insbesondere den tief eindringenden Unterschied der Verläumdung von der gewöhnlichen Injurie klar zu machen, die Frage zu untersuchen, in wie fern die Einrede der Wahrheit dem Beklagten gestattet werden soll, und welche Rücksichten über die Natur des sogenannten animus injuriandi entscheiden sollen. Diese Untersuchung aber bedarf einer festen Grundlage durch die Prüfung, worin eigentlich der Anspruch auf Ehre liege, aus welchen Gründen eine Gesetzgebung die Ehrenkränkungen zum Gegenstande von Strafvorschriften machen soll, und welche Arten von Ehrenkränkungen als wirklich strafbare betrachtet werden sollen. — Vorzüglich verdient die Art, wie in den verschiedenen Gesetzgebungen die Lehre von den Ehrenkränkungen behandelt worden ist, eine sorgfältige Prüfung. —

Das preußische Recht befolgt auch in dieser Lehre die Sitte, überall eine große Zahl von Regeln und Sätzen, durch welche einzeln vorkommende Fälle klar entschieden werden, dagegen weniger leitende Grundsätze aufzustellen. Zwar enthält der §. 538 eine Art von allgemeinen Grundsatz, wenn es heißt: wer durch geringschätzige Geberden, Worte oder Handlungen jemanden zu kränken oder ihn widerrechtlich zu beschim-

pfen sucht, der begeht eine Injurie; allein schon dieser Satz ist geeignet, die Richter eher irre zu leiten; denn nach diesem Satze kommt es, wie die Worte: jemanden zu kränken oder zu beschimpfen sucht, beweisen, nach dem Willen des Gesetzgebers nur auf die Absicht des Injurianten an [9]), ob eine Injurie vorhanden ist; der objective Standpunkt, der auf den Inhalt der Aeußerung und darauf sieht, ob nach der allgemeinen Volksansicht jemand beleidigt sey, wird dadurch in den Hintergrund gerückt, daher wird im Widerspruch mit allen besseren criminalistischen Grundsätzen das Daseyn der Injurie von einer sehr schwierigen und doch unzuverlässigen Beweisführung der (als etwas innerlichen nicht wohl erkennbaren) Absicht abhängig gemacht; und nach §. 540, der eine Injurie schon annimmt, wenn nur die ehrenkränkende Absicht da ist, obgleich die Aeußerung an sich gar nicht beschimpfend ist, bleibt es nicht zweifelhaft, daß auch jener Schulmeister, der das lateinische Wort salve für ein Schimpfwort hielt, weil ihm aus Neckerei ein Freund dies gesagt hatte, wegen Injurie bestraft werden sollte, als er seinem Pfarrer mit der Absicht, ihn durch dies Wort zu kränken, mehrere Male Salve zurief. Auch das Wort: geringschätzige Handlungen oder Worte, ist nicht gut gewählt; es ist mit Recht schon von Zum Bach [10]) bemerkt worden, daß Geringschätzung und Unhöflichkeit leicht für gleichbedeutend genommen werden kann, und daher auch jede Unterlassung eines Gru-

9) S. auch Jarcke in Hitzig's Zeitschrift Hft 35. S. 49.

10) Zum Bach Ansichten und Bemerkungen über Hauptgegenstände des Strafrechts S. 271.

ſes oder Verweigerung eines Titels, oder die Weigerung, den zu Ehren eines Andern ausgebrachten Toaſt mitzutrinken, oder einer Perſon auf ihre Anrede eine Antwort zu geben, eine Injurienklage begründet. Das Gebiet der Injurien wird nach dem preuß. Geſetzbuche noch mehr ausgedehnt, da nach §. 587 auch da, wo die Handlung oder Aeußerung an ſich nicht beſchimpfend und die Abweſenheit des ehrenkränkenden Vorſatzes nicht erwieſen iſt, derjenige, deſſen Ehre nach der Meinung Andrer dadurch gelitten haben ſoll, eine ausdrückliche Erklärung, daß ſeine Ehre durch dergleichen Aeußerungen nicht habe gekränkt werden ſollen, verlangen kann. Jeder, der einen Andern chikaniren und ihn zu einer ſolchen Ehrenerklärung nöthigen will, hat daher ein einfaches Mittel hiezu nach dem §. 587. Die bloße vornehme Empfindlichkeit, die ſich durch eine auffallende Miene des Andern, oder durch ein unterlaſſenes Hutabziehen für beleidigt hält, hat dann nur ein Zeugniß von ein Paar dienſtfertigen oder eben ſo eingebildeten Menſchen, als der Kläger iſt, darüber vorzulegen, daß die Andern (wieviele Menſchen dazu gehören, ſagt das Geſetz nicht) glauben, daß die Ehre des Klägers gelitten haben ſoll. Vergebens ſucht man ein Princip, das ſolche Beſtimmungen erzeugt haben kann. Selbſt die Ausdrücke in §. 588: jemanden zu kränken oder widerrechtlich zu beſchimpfen, ſind unpaſſend, da man danach glauben könnte, daß es auch eine rechtmäßige Beſchimpfung gebe, und Kränken und Beſchimpfen einander entgegengeſetzt ſind. Die Verläumdung, welche, wie ſich zeigen wird, auf einer ganz andern Stufe der Strafbarkeit ſteht, als die einfache Injurie, iſt im preuß. Geſetze nicht ſpeciell und ſcharf

genug hervorgehoben [11]). Das Gesetz verwickelt sich in eine Masse von Regeln (die höchstens in ein Compendium, aber nicht in ein Gesetzbuch gehören) über die Absicht zu beleidigen; insbesondere wird mit Regeln über die Vermuthung dieser Absicht gespielt; die Folge ist, daß, wenn eine solche Vermuthung des animus injuriandi gesetzlich aufgestellt ist, dem angeblichen Beleidiger eine schwierige Beweisführung, daß er diese Absicht nicht gehabt habe, aufgebürdet wird, z. B. wenn nach §. 545 die Absicht dann vermuthet werden soll, wenn sich jemand gegen einen Andern Ausdrücke bedient, die im gemeinen Leben als Zeichen der Geringschätzung anerkannt sind. Wenn z. B. ein Kaufmann, der dem A seine Tochter zur Ehe geben will, sich wegen dieses A bei B erkundigt, und B den A einen liederlichen Patron nennt, so wird die Injurienklage begründet seyn, und B muß beweisen, daß er den animus injuriandi nicht hatte. Alle Vermuthungen dieser Art taugen in einem Gesetzbuche nichts, da sie leicht ungerechterweise Beweise einer Person aufladen, der die Beweislast nicht zukommt, und da die sorgfältigste Erwägung der kleinsten Umstände des Falles den Richter in den Stand setzen kann, ein richtiges Urtheil zu fällen, gesetzliche Vermuthungen über den gordischen Knoten durchhauen, aber nicht lösen. Daß die Redefreiheit auf eine ungerechte Weise im preußischen Gesetze beschränkt ist, soll später gezeigt werden; aber auch die Freiheit des Urtheils selbst über Leistungen Anderer, die öffentlich auftreten und ein freies Urtheil provociren, ist

11) Auf die Verläumdung deuten Preuß. Landr. Th. II. Tit. 20. §. 545. 579.

ungeschicklich in Fesseln geschlagen; denn nach §. 562 wird zwar bei öffentlichen Urtheilen über Werke oder Handlungen der Kunst, des Geistes oder Fleißes der Vorsatz der Ehrenkränkung nicht vermuthet; allein das Gesetz fügt sogleich bei: insofern sie blos auf den Werth oder Unwerth des beurtheilten Gegenstandes eingeschränkt worden[12]). Danach hat der preußische Richter zu beurtheilen, welche Worte zu einer Kritik nothwendig gehörten, oder welche nur nebenher beigefügt wurden und wohl hätten weggelassen werden können. Nie würden wir einem Richter eine solche Gewalt einräumen, bei welchem der ängstliche pedantische Jurist, dem jeder Witz ein Gräuel ist, leicht jeden im Flusse des Vortrags vorkommenden Spott als feindliche Injurie betrachten kann. Wir fragen jeden Gebildeten, wie schwierig ein solches Urtheil ist, ob jemand sich streng an das Nothwendige bei einer Kritik gehalten habe; wir fragen, ob nicht oft, um den Werth einer gewissen Leistung beurtheilen zu können, ein Eingehen in die Motive des Leistenden und in sein sonstiges Betragen nothwendig ist oder doch erlaubt seyn muß, um der Heuchelei die Maske der Tugend abzureißen und den wahren Werth der Leistung zu würdigen?[13]) Das Gesetz legt auch eine besondere Bedeutung darauf, ob jemand einem Andern eine Handlung vorwirft, die denselben, wenn er sie wirklich begangen hätte, der Verachtung derjenigen Klasse von Mitbürgern, zu welchen der Beleidigte gehört,

12) Damit ist zu vergleichen §. 575. 553.

13) Auch Zum Bach l. c. S. 278 tadelt die Fassung des §. 562.

aussetzen würde [14]). Danach ist der Begriff von Injurien zu weit ausgedehnt und unbestimmt aufgestellt, da überall, wo der Richter eine Verletzung der Standesehre des Klägers finden will, eine Injurie angenommen wird, selbst wenn keine injuriöse Absicht da ist, weil das Gesetz in den oben bezeichneten Fällen den animus injuriandi vermuthet. Unter Offizieren kommen bekanntlich einige auffallende Standesvorurtheile vor; z. B. in einem Falle erzählte A, daß ein Offizier Schläge bekommen, und sie ruhig eingesteckt habe. Der Offiziere bewies, daß nach den Ansichten der Offiziere der Offizier, der sich schlagen läßt und den Beleidiger nicht sogleich niederstößt, als verächtlich gilt. Hat nun derjenige, welcher die Geschichte erzählte, eine Injurie verübt? — Wer kann alle Standesvorurtheile kennen? [15]) Vorzüglich aber fragen wir, wie der Umstand, ob nach der Meinung der Standesgenossen eine Handlung verächtlich mache, zu beweisen ist, ob die Standesgenossen als Sachverständige vernommen werden sollen [16]). Am meisten verdient es Tadel, daß die Schwere der Injurien größtentheils nach dem Stande des Beleidigten und des Beleidigers bemessen wird [17]). — Hat eine Person von niederem Stande eine Person höheren Standes beleidigt, so tritt Gefängniß von 4 Wochen bis 6 Monate ein; während die nämliche Beleidigung, wenn sie unter Personen des höheren Bürgerstandes geschieht, 14 Tage bis 4 Wochen, und wenn

14) So spricht sich der §. 544 aus.

15) Merkw. Fall in Hitzig's Zeitschrift Heft 28. S. 292.

16) Gute Bemerkungen in Hitzig's Zeitschrift Heft 45 S. 169.

17) Preuß. Landr. §. 607—617.

eine Person höhern Standes eine geringere beleidigt, Geldstrafe von 10 — 100 Thlrn.[18]) oder nach Bewandniß der Umstände Gefängnißstrafe nach sich zieht. Wir wollen nicht sagen, daß schon überhaupt diese scharfe Absonderung der Stände sehr verletzend ist, wenn sie auf die Strafausmessung einwirken soll, daß auch in manchen Fällen große Härte eintreten kann, wenn z. B. ein Schriftsteller, der freilich keinen Titel hat, einen Vornehmen beleidigt; soviel aber ist gewiß, daß in den geselligen Verhältnissen der Stand der Personen immer mehr in den Hintergrund tritt, und da wo der Mensch dem Menschen gegenübersteht, z. B. in einer Gesellschaft, man häufig um den Stand desjenigen, mit dem man zusammentrifft, sich nicht kümmert[19]). Als ein Vorzug der preußischen Gesetzgebung erscheint es dagegen, daß 1811[20]) die Privatgenugthuung durch Ehrenerklärung, Abbitte und Verweis[21]) aufgehoben wurde.

Das österreichische Gesetzbuch hat schon richtiger, als es im preußischen geschah, die Verläumdung von der einfachen Injurie unterschieden; nur über die erste kommen die Bestimmungen im Strafgesetzbuche[22])

18) Diese Strafe ist als die ordentliche für diese Fälle erklärt.

19) Der Vf. weiß wohl, daß durch die Circularverordn. v. 30. Dec. 1798 manche Vorschriften des Landrechts abgeändert worden sind (Richter Handb. des Strafverfahrens in den preuß. Gerichten I. Th. S. 127), allein der Grundsatz, die Strafe nach dem Stande des Beleidigten abzumessen, ist auch in der Verordn. beibehalten.

20) Cabinetsordre v. 1. Febr. 1811.

21) Der Verweis scheint nicht ganz passend hieher gerechnet zu seyn.

22) Strafgesetzbuch v. 1803. §. 188.

nae, während Injurien, die nicht zur Verläumdung gehören, in das Gebiet der schweren Polizeiübertretungen gewiesen sind [23]). Die der Durchführung des Systems aber verdient keine Billigung. Der Begriff der Verläumdung ist offenbar zu eng gefaßt [24]); denn nach dem österreichischen Gesetze ist nur der ein Verläumder, der dem Andern ein Verbrechen andichtet; wer daher fälschlich die schändlichste unmoralische Handlung, die den Andern der Verachtung seiner Mitbürger Preis giebt, von einem Andern aussagt, erscheint nur als einfacher Injuriant; und doch wird ein solcher falscher Vorwurf der Immoralität oft auf das Lebensglück des Verläumdeten einen tiefern Einfluß haben, als der Vorwurf eines Verbrechens. Nach dem Gesetze würde selbst derjenige, welcher dem Andern fälschlich ein Verbrechen, aber unter Umständen vorwirft, unter welchen die Obrigkeit nicht befugt wäre eine Untersuchung einzuleiten, nicht als Verläumder bestraft werden können, z. B. wenn er behauptet, daß der Andere im Auslande ein gewisses Verbrechen verübt, oder ein solches Verbrechen begangen habe, wegen welches die Obrigkeit nicht von Amts wegen einzuschreiten befugt seyn würde. Zu eng ist auch im Gesetze der Begriff der Verläumdung, wenn sie nur da angenommen wird, wo der Verläumder die Absicht hat, daß die obrigkeitliche Untersuchung veranlaßt werde; die Mehrzahl der Verläum-

23) Strafgesetzbuch II. Th. XII. Kap. §. 254.

24) Es heißt im §. 183: Wer jemanden wegen eines erdichteten Verbrechens bei der Obrigkeit anzieht oder auf solche Art beschuldigt, daß seine Beschuldigung zum Anlasse obrigkeitlicher Untersuchung oder doch zur Nachforschung gegen den Beschuldigten dienen könnte, macht sich des Verbrechens der Verläumdung schuldig.

läumder denkt gar nicht daran, den Verläumdeten in eine Untersuchung zu verwickeln; im Gegentheil würde ihnen eine solche Untersuchung sehr unangenehm seyn, da sie dann verpflichtet wären, die Beweise der Beschuldigung anzugeben. Der Verläumder spritzt sein Gift viel lieber heimlich oder doch so aus, daß er erwarten kann, daß die Beschuldigung dem Andern zum Nachtheil gereiche, z. B. wenn demjenigen, von welchem die Beförderung des Andern abhängt, die Beschuldigung mitgetheilt wird, oder wenn der Verläumder bei Wahlen verhindern will, daß ein Anderer nicht gewählt werde. Warum soll in solchen Fällen, wo ein entschiedener Nachtheil für den Verläumdeten entsteht, keine Verläumdung angenommen werden? — Das österr. Gesetz setzt auch voraus, daß der Verläumder so viele specielle Umstände bei der falschen Beschuldigung angebe, daß darauf eine Untersuchung gebaut werden kann. Wer daher nur in allgemeinen Ausdrücken, durch welche der Verläumder mehr errathen läßt als er bestimmt ausspricht, seine Verläumdung vorträgt, ist nach dem Gesetze kein Verläumder, ungeachtet auch solche allgemeine Verläumdungen dem Geschmähten oft nachtheiliger werden, als wenn alle Umstände des Falles angegeben wären. — Auch die Art, wie der Thatbestand der einfachen Injurie im Gesetze aufgestellt ist, veranlaßt mehrere erhebliche Einwendungen. Das Gesetz [25]) stellt außer dem Falle, wo strafbare Handlungen fälschlich vorgeworfen werden, den Begriff der Ehrenkränkung auf die fälschliche Beschuldigung einer Handlung, welche, wenn sie wahr befunden würde,

25) §. 236.

die bürgerliche Achtung des Beschuldigten vermindern könnte; dies ist viel zu wenig; denn wer z. B. von einem Andern sagt, daß man ihm keine Kasse anvertrauen dürfe, da er viel zu leichtsinnig und nachlässig sey, oder wer über einen Andern urtheilt, daß er fähig wäre ein Mädchen zu verführen, wirft ihm nicht eine Handlung vor, die der Andere schon begangen haben soll, sondern spricht ihm nur den moralischen Charakter ab. Auch ist mit Unrecht das Daseyn der Injurie davon abhängig gemacht, ob die Beschuldigung auf das Fortkommen, den Geschäftsbetrieb des Geschmähten oder seine Erwerbung einen schädlichen Einfluß haben kann; denn wenn z. B. von einem reichen unabhängigen Manne gesagt wird, daß er verkäuflich sey, daß er z. B. seine Stimme bei Wahlen demjenigen gebe, der ihn am besten bezahlt, so hat dies auf das Fortkommen des Andern keinen Einfluß, und doch soll ein weises Gesetz die Ehre des Andern auch gegen solche Injurien schützen. Nach dem §. 237 ist Injurie nur vorhanden, wenn jemand durch Schmähschrift oder bildliche Schilderung dem öffentlichen Spott ausgesetzt wird. Auch diese Bestimmung ist zu eng. — Z. B. jemand sendete einem Staatsbeamten eine Carrikatur, in welcher derselbe auf eine Weise abgebildet war, die darauf deutete, als wenn der Beamte in seinem Amte bestechlich wäre. Nach dem österreichischen Gesetze wäre der Verfertiger der Carrikatur, da er sie nicht öffentlich verbreitet, nicht strafbar gewesen. — Auch der §. 241 ist zu eng gefaßt, wenn er nur dann die Aeußerung von Schimpfnamen mit Strafe belegt, wenn es auf der Straße oder an einem öffentlichen Orte geschah. Soll der Staatsbürger gegen den Boshaften,

der ihn in seinem Hause, im Kreise seiner Familie auf das Unwürdigste beschimpft, keinen Schutz seiner Ehre erhalten? Nach §. 243 ist auch die Entdeckung anvertrauter Geheimnisse, z. B. durch den Arzt oder die Hebamme, unter die Ehrenverletzungen gerechnet, was ebenfalls nicht zu billigen ist, da diese Handlung unter einen ganz andern strafrechtlichen Gesichtspunkt zu stellen ist.

Bei der Beurtheilung der Vorschriften der baierischen Gesetzgebung kann man sich nur an das Strafgesetzbuch von 1813 halten, in welchem nur die Verläumdung als Verbrechen oder Vergehen aufgestellt ist, so daß über die einfache Ehrenkränkung im Strafgesetzbuche nichts vorkommt, da man die Vorschriften darüber dem Polizeistrafgesetzbuche überlassen wollte, das aber bis jetzt noch nicht zu Stande kam [26]). Schon diese Ansicht, die Verhandlung und Entscheidung der Injurien der Polizeibehörde zu überlassen, läßt sich nicht billigen. Wenn schon überhaupt große Bedenklichkeiten gegen das Strafrecht der Polizeibehörden sich erheben [27]), so sind sie doch weit größer, wenn man auch die Beurtheilung der Injurien ihnen überlassen will. Den Polizeibeamten fehlt nicht selten die nöthige Zeit, um die oft verwickelten Injurienfälle gründlich untersuchen zu können, und die Stellung dieser Beamten ist nicht so, daß das Volk das Urtheil der Polizei über Ehre, also über eine so große Zartheit in der Beur-

26) In dem noch geltenden Civilgesetzbuch von Baiern vom 1755. Th. IV. Cap. 17 ist freilich die Lehre von den Injurien sehr umständlich, aber nur in Bezug auf die Civilklage entwickelt.

27) Mein Strafverfahren in den deutschen Gerichten I. Th. §. 42. und Mohl Polizeiwissenschaft (Tübingen 1832.) I. Th. S. 51.

theilung forderndes Verhältniß, mit Vertrauen betrachtet, so daß der wirklich Geschmähte sich nicht selten schämt seine Klage bei der Polizeibehörde zu erheben, weil die öffentliche Meinung diese Klagen nicht billigt, daher in den meisten Fällen der Beleidigte schutzbar ist. Es zeigt aber auch eine tadelnswürdige Geringachtung des Rechts der Bürger auf Ehre an, wenn man die Injurie nur in das Gebiet der Verletzung einer Polizeivorschrift über Gassenkehren, Straßenlärmen, Uebertretung der Marktpolizei setzt. Betrachtet man aber auch den Begriff der Verläumdung im Gesetzbuche, so kann man nicht der gesetzlichen Ansicht beistimmen. Nur der, welcher einen Andern wissentlich und fälschlich eine Handlung andichtet, welche in diesem Gesetzbuche für ein Verbrechen oder Vergehen erklärt ist, begeht eine Verläumdung [28]). Daraus folgt, daß der falschliche Vorwurf von unmoralischen Handlungen, welche den Andern der allgemeinen Verachtung Preis geben, z. B. lieblose Verstoßung des alten armen Vaters in eine hülflose Lage, eben so wenig eine Verläumdung im Sinne des baier. Gesetzes ist, als die Andichtung von Handlungen, die nach allgemeinen Vorstellungen und nach allen übrigen Gesetzbüchern strafbar sind, aber im baier. Strafgesetzbuche nicht als Verbrechen oder Vergehen erklärt sind; z. B. wer den Andern fälschlich beschuldigt, Unzucht mit dem Thiere getrieben zu haben, oder seine eigene Frau für Geld verkuppelt zu haben, ist kein Verläumder, weil diese Handlungen nach baier. Gesetzbüche nicht als Verbrechen oder Vergehen bestraft werden. Wer selbst einem Andern fälschlich vorwirft,

28) Gesetzbuch Art. 284.

daß er nur 4 fl. einem Andern gestohlen oder ihn darum betrogen habe, erscheint nicht als Verläumder, weil nach baier. Gesetzbuche der einfache Diebstahl und Betrug unter 5 fl. nur eine Polizeiübertretung begründen. Der Thatbestand der Verläumdung ist aber auch im Gesetzbuche nicht bestimmt genug aufgestellt; denn es heißt nur [29]): die Verläumdung durch außergerichtliche Ausstreuungen oder heimliche Insinuationen wird außer den im Art. 286 für Verbrechen erklärten Fällen mit Gefängniß von 1 — 6 Monaten bestraft; darnach scheint es, daß eine nicht durch Ausstreuungen oder heimliche Insinuationen begangene Verläumdung nicht als Vergehen, sondern nur polizeilich bestraft werden soll [30]). Selbst das Wort: andichtet, hat manche Streitigkeiten in der Praxis veranlaßt, da man den Ausdruck entweder als gleichbedeutend mit dem Worte: beschuldigen, bezüchtigen, oder als synonym mit: erdichten, auffassen kann [31]). Vorzüglich aber sind die baier. Strafvorschriften über Verläumdung geeignet, eine gefährliche Willkür der Richter und Strafurtheile zu erzeugen, die mit der Gerechtigkeit nicht im Einklang stehen. Das Gesetz unterscheidet nämlich das Verbrechen der Verläumdung (Strafe 1 — 3 Jahr Arbeitshaus) und das Vergehen der Verläumdung (Art. 393. Strafe von 1 Monat bis 1 Jahr Gefängniß). Wer nun eine Handlung, die mit Arbeitshaus, Zuchthaus

29) Art. 393.

30) Ueber Schwierigkeiten in der Anwendung der baierischen Bestimmungen in Gönner Jahrb. der Gesetzgebung in Baiern II. S. 306 f.

31) S. auch Levinau Unters. über die strafrechtl. Bestimmungen über Verläumdung. München 1822. S. 38.

oder schwererer Strafe bedroht ist, dem Andern vorwirft, begeht das Verbrechen der Verläumdung; wer ein geringeres Verbrechen vorwirft, ist nur eines Vergehens schuldig. Welche Strafe aber in einem einzelnen Falle eintritt, hängt nach dem baier. Gesetzbuche von so vielen kleinen Umständen und Zufälligkeiten ab, daß darnach die Strafwürdigkeit der Verläumdung und Unterscheidung von Verbrechen und Vergehen nicht gemacht werden kann; z. B. wenn jemand von einem Andern sagt, daß er gestohlen oder einen Andern verwundet habe: die Summe des Diebstahls, die Dauer der Krankheit des Verwundeten entscheidet darüber, ob Arbeitshaus oder Gefängnißstrafe eintreten wird. Diese Umstände könnten aber erst da, wenn die Handlung verübt wäre, in der anzustellenden Untersuchung ausgemittelt werden; die Strafe der Verläumdung, so daß darnach bestimmt würde, ob Verbrechen oder Vergehen vorhanden ist, kann man daher nicht von dem Umstande abhängig machen, den der Angeschuldigte gar nicht beurtheilen konnte. — Die Ueberzeugung, daß die Vorschriften des Strafgesetzbuchs nicht den legislativen Forderungen entsprechen, veranlaßte die Revision in den spätern Entwürfen; aber die Fortschritte erfolgten noch langsam; der Entwurf von 1827 [32]) schränkte den Begriff der Verläumdung noch auf den Fall ein, wo jemand einem Andern eine strafbare Handlung wissentlich andichtet; zwar wurde hier schon die zweckmäßige Erweiterung gemacht, daß man auch denjenigen einen Verläumder nannte, der fälschlich eine Polizeiübertretung oder Disciplinarvergehen vorwirft;

32) Art. 240 und hiezu die Motive S. 247.

allein der Begriff war doch zu eng gefaßt; erst der Entwurf von 1831 [33]) erweitert den Begriff auch auf den Fall, wo jemand dem Andern eine bei seinen Mitbürgern ihn verächtlich machende Handlung andichtet [34]). Auch ist zweckmäßig statt des Worts: heimliche Insinuation, im Strafgesetzbuche von 1813 der Ausdruck: heimliche Verbreitung, gesetzt; allein es scheint darnach, daß derjenige, welcher in einem Privatschreiben einem Andern ein Verbrechen vorwirft, ohne weitere Verbreitung, im Sinne des Gesetzes nicht Verläumder sey, und dies möchte kaum Billigung verdienen; denn die Verläumdung wird durch den Inhalt, nämlich fälschlichen Vorwurf einer strafbaren oder unmoralischen Handlung, charakterisirt; die Oeffentlichkeit der Aeußerung oder die Absicht der Verbreitung begründet nur eine schwerere Strafe, gehört aber nicht nothwendig zum Begriff der Verläumdung. Bedauern muß man auch, daß der neue Entwurf noch die Strafe der Verläumdung davon abhängen läßt, ob jemand dem Andern ein Verbrechen oder ein Vergehen oder Polizeiübertretung vorwirft [35]); denn wir haben schon oben gezeigt, daß aus der Art des Vorwurfs bei vielen strafbaren Handlungen sich nicht erkennen läßt, ob der Verläumder dem Andern ein Verbrechen oder ein Vergehen vorgeworfen habe, so daß zuletzt nur richterliche Willkür entscheiden wird. — Der Entwurf von 1827 und von 1831 fühlt die Nothwendigkeit, die Lücke

---

33) Entwurf Art. 274.

34) Die Motive S. 225 erkennen, daß auch ein solcher Vorwurf einem Andern das zu seinem Berufe nothwendige Vertrauen entziehen kann.

35) Entwurf Art. 274.

wegen der einfachen Ehrenbeleidigung auszufüllen. Aus den darüber aufgestellten Vorschriften aber [56]) zeigt sich eine zu große Erweiterung des Begriffs von Injurie. Der Entwurf fügt zwar so viele Beiwörter und Erfordernisse bei, z. B. wer widerrechtlich die Ehre angreift, oder wer verachtenden Spott ausspricht, daß dadurch der zu großen Ausdehnung des Injuriengebiets vorgebeugt scheint; allein eben diese Ausdrücke sind wieder so unbestimmt, daß doch das Meiste von dem Richter abhängen wird, ob er in einer Aeußerung eine Injurie finden will, oder nicht. Der Entwurf rechnet zu den Begehungsarten der Injurie die Lästerung, Schmähung, verachtenden Spott, und Anschuldigung verächtlicher Eigenschaften, Meinungen oder Gesinnungen. Es möchte schwer seyn, die feinen Gränzen dieser verschiedenen Begehungsarten anzugeben; denn Schmähen heißt seine Verachtung durch beleidigende Worte an den Tag legen, und Lästern heißt ebenfalls die Ehre eines Andern durch Worte angreifen. Der Richter wird durch diese Beschreibung nicht klüger und erhält kein bestimmtes Merkmal, woran er erkennen kann, ob etwas Injurie nach dem Willen des Gesetzgebers seyn soll. Der Ausdruck: verachtender

56) Entwurf v. 1827. Art. 241. Entw. v. 1831. Art. 275. Es heißt: „Wer außer den Fällen einer falschen Denunciation oder Verläumdung die bürgerliche Ehre eines Andern durch Lästerung, Schmähung, verachtenden Spott oder durch Anschuldigung verächtlicher Eigenschaften, Meinungen oder Gesinnungen in Rede, Schrift oder bildlicher Darstellung widerrechtlich angreift — mag der Angegriffene genannt oder sonst auf irgend eine Weise kenntlich bezeichnet seyn — soll mit Gefängniß von 2 Wochen bis 6 Monaten bestraft werden.“ (Nun folgen die Umstände, welche diese Schärfung begründen.)

Spott, ist vieldeutig; da das Wort: verachtend, beigefügt ist, so sollte man glauben, daß jeder andere Spott, der nicht verachtend ist [37]), erlaubt sey. Bedenklich ist es auch, die Anschuldigung einer verächtlichen Meinung als eine Injurie zu bestrafen; häufig wird in einer solchen Aeußerung nur ein Urtheil liegen, das noch nicht eine Injurie begründen kann; auch wird darüber, was verächtliche Meinung oder Gesinnung ist, immer viel Streit bleiben. Standesansichten werden darauf großen Einfluß haben, z. B. wenn man von einem Andern äußert, daß er sich wohl nicht duelliren würde. Selbst politische Ansichten werden einwirken. Manche Gesinnung erscheint in den Augen einer großen Partei als verächtlich, während die Gegenpartei sie für sehr edel erklärt. Warum der Entwurf die Absicht zu beleidigen nicht zum Thatbestand der Injurie fordert, ist nicht einzusehen. Ueber die übermäßige Beschränkung der exceptio veritatis im Entwurf [38]) soll in einem andern Aufsatze gesprochen werden. —

In dem oldenburgischen Gesetzbuche, das im Wesentlichen auf das baierische Gesetzbuch gebaut ist [39]), erkannte der Gesetzgeber die Nothwendigkeit, auch über die einfachen Injurien Strafvorschriften zu geben, welche dem Gesetzbuche eingeschaltet sind [40]); allein ungern ver-

---

57) Vielleicht darf man annehmen, daß der Gesetzgeber durch den Beisatz ausdrücken wollte, daß nur ein auf die büraerliche oder moralische Würdigkeit eines Andern Verdacht werfender Spott eine Injurie begründen soll. Dies wäre eine würdige Ansicht, aber der Gesetzgeber müßte seinen Willen bestimmter ausdrücken.

58) §. 278.

59) S. darüber in diesem Archive Bd. IV. S. 168.

40) Art. 407—412.

mißt man darin eine weise Festsetzung des Thatbestandes der Injurien. Wenn der §. 407 sagt: „wer die bürgerliche Ehre eines Andern durch äußere Handlungen oder Unterlassungen absichtlich verletzt", so ist damit eigentlich nichts gesagt, und allen doctrinellen Streitigkeiten darüber, wann die Ehre verletzt ist, wird Thür und Thor geöffnet. Nach dem Art. 409 werden zu den schweren Injurien diejenigen gerechnet, welche auf die bürgerliche Achtung des Beleidigten, seinen Geschäftsbetrieb, sein Fortkommen von schädlichem Einfluß seyn können. Eine solche Erweiterung der Injurien ist wohl nicht zu billigen; Urtheile über die Kenntnisse und Brauchbarkeit, über seine Leistungen, z. B. über einen Baumeister, daß alle seine Gebäude feucht seyen, können auf den Geschäftsbetrieb eines Gewerbsmanns einen sehr nachtheiligen Einfluß haben, und doch verdienen sie nicht als Ehrenkränkungen aufgeführt zu werden, da niemandem verwehrt werden kann, über die Fähigkeiten Andrer sein Urtheil auszusprechen. Auf jeden Fall ist die oldenburgische Vorschrift zu unbestimmt und veranlaßt Streitigkeiten über den Umfang der Injurien.

Einen besondern Einfluß auf neue legislative Produkte in der Lehre von der Ehrenkränkung hat die französische Gesetzgebung, deren Prüfung uns obliegt. Das Gesetz erkennt einige Ehrenkränkungen als Vergehen, andere endlich als Polizeiübertretungen. Als Vergehen erscheint die Verläumdung [41]), welche dann begründet ist, wenn jemand an öffentlichen Orten oder Zusammenkünften, in einer öffentlichen Urkunde, oder in einer Druckschrift, oder einer öffentlich angeschlage-

41) Code pénal Art. 367.

nen oder verkauften oder ausgetheilten Schrift einen Andern Thatsachen beschuldigt, — welche, wenn sie wahr wären, den Andern einer criminellen, oder correctionellen Untersuchung, oder dem Hasse, oder der Verachtung seiner Mitbürger aussetzen würden. Das Gesetz hat mit Recht nicht blos auf den falschen Vorwurf strafbarer Handlungen, sondern auch unsittlicher Thatsachen den Begriff der Verläumdung ausgedehnt; bedenklicher aber ist es, ob der Ausdruck, der den Andern dem Hasse oder der Verachtung der Mitbürger aussetzte, gut gewählt ist. Französische Schriftsteller [42]) tadeln den Ausdruck, weil er zu sehr die Willkür der Gerichte begünstigte. Dies ist auch richtig, wenn man vorzüglich die Worte: dem Hasse, im Gegensatze des Worts: Verachtung, betrachtet. Es würde völlig genügen, wenn der Gesetzgeber bei falschen Vorwürfen von Verachtung verdienenden Handlungen die Verläumdung angenommen hätte, weil dann hinreichend ausgedrückt wäre, daß der falsche Vorwurf wirklich unmoralischer Handlungen als Verläumdung bestraft werden soll; ist aber noch im Gesetze hinzugefügt: oder dem Hasse, so sind entweder diese Worte überflüssig, und dann als solche tadelnswerth, oder sie sind absichtlich als Gegensatz verächtlich machender Handlungen gewählt; dann aber führen sie zu weit. Da der Haß der Bürger ohne alle Beziehung auf unmoralische Handlungen eines Andern nicht selten als ein Produkt abweichender politischer Gesinnungen entsteht, oder oft auf gewisse herrschende Vorurtheile sich gründet, so würde das Gericht oft genöthigt werden, auch da Verläum-

42) Garnot Commentaire sur le Code pénal II. p. 172.

dung anzunehmen, wo dem Andern weder eine strafbare, noch eine unmoralische Handlung vorgeworfen wird [43]). Daß das französische Recht ein völlig fehlerhaftes System über den Beweis der Einrede der Wahrheit angenommen hat, soll unten im Aufsatze über Beweis der Wahrheit gezeigt werden. — Das Gesetz macht die Strafe der Verläumdung nur davon abhängig [44]), ob das fälschlich vorgeworfene Verbrechen Todes-, lebenslängliche Freiheitsstrafe, oder Deportation nach sich ziehen würde (dann soll Gefängniß bis zu 5 Jahren erkannt werden können), oder ob der Vorwurf auf andere Thatsachen geht (wo Strafe bis 6 Monate und Geldstrafe bis 2000 Francs eintreten kann). Wir haben schon oben bei der Kritik der baierischen Bestimmungen zu zeigen gesucht, daß dadurch der Richter auf ein Merkmal (nämlich welche Strafe auf das vorgeworfene Verbrechen gesetzt ist) verwiesen wird, was nicht sicher leiten kann, da die Strafanwendung bei vielen Verbrechen von der Erwägung der kleinsten Nebenumstände abhängt, z. B. wenn einem Mädchen vorgeworfen wird, daß sie am Tode ihres neugebornen Kindes schuld sey. Die französische Vorschrift führt aber auch

43) Auf der französischen Gränze hatten die Zollbeamten 1825 eine bedeutende Zahl von Waaren weggenommen, welche die Contrebandiers auf eine sehr schlaue Weise herein zu schmuggeln suchten. Es verbreitete sich in dem Gränzstädtchen, dessen Bürger vorzüglich von Contrebande lebten, ein allgemeiner Haß gegen die Denuncianten, und man glaubte, daß ein gewisser A die Contrebande den Douaniers verrathen habe. Ein Bürger äußerte dies in einer Zeitung und A stellte nun die Klage wegen Verläumdung an, weil er behauptete, daß ihm eine Handlung angedichtet wäre, welche ihn, wenn sie wahr wäre, dem Hasse seiner Mitbürger Preis geben würde.

44) Code Art. 371.

zu dem Fehler, daß Verläumdungen, welche Vorwürfe von Handlungen enthalten, die nicht mit den oben genannten schweren Strafen bedroht sind, höchstens nur mit Gefängniß von 6 Monaten bestraft werden können, während unfehlbar der Vorwurf, daß jemand in einem Hause gestohlen, oder einen Anderen betrogen habe, viel empfindlicher ist und nachtheiliger wirkt, als wenn jemandem vorgeworfen wird, daß er in ein staatsverbrecherisches Complott verwickelt sey [45]). Das Gesetz [46]) macht dann einen gewaltigen Sprung, indem es alle Injurien und kränkenden Ausdrücke, welche nicht den Vorwurf einer bestimmten Thatsache, sondern nur eines bestimmten moralischen Fehlers (vice) enthalten, und wenn der Vorwurf an öffentlichen Orten oder Zusammenkünften oder durch Druckschriften ꝛc. gemacht wird, mit Geldstrafe von 16 — 500 Francs bedrohen. Daraus folgt, daß alle Vorwürfe von Lastern, die nicht öffentlich im Sinne des Gesetzes gemacht werden, nur polizeilich mit einer unbedeutenden Strafe belegt werden, obgleich der Nachtheil für den Injurirten sehr groß seyn kann, z. B. wenn jemand einem Andern, von dem das Lebensglück eines Dritten abhängt, z. B. wegen Anstellungen, wegen Heirath, fälschlich sagt, daß der Dritte gewissenlos Mädchen verführe, sich viel betrinke. Nach dem Art. 375 wird auch im Falle der öffentlichen Verbreitung einer üblen Nachrede, die aber nur in allgemeinen Aeußerungen besteht, nur eine Geldstrafe erkannt, und doch wird der Vorwurf, daß jemand gestohlen habe, oder daß ein Notar oft Betrü-

45) Auf das Verbrechen der letzten Art ist nach Art. 89 Todesstrafe gesetzt.
46) Code Art. 375.

gerichtlich sich erlaube, oft nachtheiliger wirken, als der Vorwurf bestimmter Thatsachen, bei denen jedermann sogleich erkennt, daß die plötzliche Aufwallung des Schmähenden nur den Vorwurf ersonnen habe. Selbst der Ausdruck: vice, ist unpassend; denn der Geiz ist auch ein Laster (vice) und der Vorwurf desselben gehörte dann auch in die Kategorie des Art. 375. — Der Code pénal bezeichnet endlich alle Injurien, die nicht in die Klasse der in Art. 367—378 gehören, als Polizeiübertretungen [47]). Eine genauere Bezeichnung des Begriffs und Thatbestandes der Injurien ist im Gesetze nicht angegeben, daher in der französischen Praxis die größte Unbestimmtheit und das nachtheiligste Schwanken vorkommt. Ein Geistlicher, der sich über die Aeußerung: daß die Geistlichen zwar sehr bewandert in der Bibel, übrigens aber Esel wären, wurde mit der Injurienklage abgewiesen [48]), weil, wie es heißt, selbst grobe Aeußerungen, qui ne tendent pas à attaquer la probité, l'honneur et la reputation de quelqu'un on a porter atteinte à son credit et à la reputation, dont il jouit, nicht als Injurien gelten [49]). Dagegen wurde der Vorwurf, daß jemand ein Zauberer (sorcier) sey, als Injurie erkannt [50]), weil man dadurch dem Rufe des Geschmähten nachtheilig werden und die Meinung des Volkes irre leiten könnte. Daß grobe Aeußerungen oder Ausdrücke, die einem Andern unangenehm seyn könnten, z. B. daß

47) Code Art. 576 u. 471 nr. 11.
48) Arrêt des Cassationshofs vom 8. Sept. 1809.
49) Carnot instruction criminelle Vol. I. p. 587.
50) Arrêt vom 15. März 1811.

jemand höckericht, häßlich sey, keine Injurie begründen, ist übrigens allgemein in Frankreich anerkannt [51]).

Von andern Ansichten geht das englische Recht aus, das freilich nicht in einer geschriebenen Gesetzgebung, sondern in dem ungeschriebenen common-law gesucht werden muß. Man trennt darin scharf die mündliche Injurie (slander) [52]) von der schriftlichen (libel) [53]). Nach den ältern Ansichten gab man wegen blos wörtlicher Aeußerungen, wenn nicht dadurch das Leben des Geschmähten in Gefahr gebracht werden konnte, keine strafbare Injurie zu [54]), weil man von der höchsten Redefreiheit ausging; allein die spätere Jurisprudenz wurde strenger und nahm auch da Strafe an, wo die wörtliche Aeußerung den Geschmähten nach den Gesetzen in Gefahr bringen (z. B. durch Vorwurf eines Verbrechens), oder dazu beitragen konnte, den Geschmähten von der Gesellschaft der Menschen auszuschließen (z. B. durch Vorwurf einer ansteckenden Krankheit), oder wo der Vorwurf einen nachtheiligen Einfluß auf das Gewerbe, oder das Fortkommen des Injurirten haben kann [55]). Eine andere nicht seltene Ansicht dehnt die strafbare Injurie noch weiter aus, indem sie dieselben im Zusammenhange mit dem Duell stellt, und daher Injurie schon annimmt,

---

51) Carnot instruction crim. Vol. I. p. 397.

52) Tomlins in law dictionary bezeichnet slandier als absichtliche Herabwürdigung einer Person in Bezug auf ihren Ruf, ihr Gewerbe, oder Lebensunterhalt.

53) Birnbaum notice sur les dispositions du droit anglois relatifes aux delits de la presse. Bruxelles 1828.

54) Blackstone Commentaries Vol. III. (book III. chap. 8) p. 125 (nach der Ausgabe von 1825).

55) Blackstone l. c. In den Fällen, wo ein Nachtheil nachgewiesen werden kann, tritt aber keine Strafe, sondern nur eine Civilklage wegen Entschädigung ein.

wenn durch die kränkende Aeußerung der Geschmähte zum Duell veranlaßt werden konnte [56]). Weit strenger wird die Injurie dann betrachtet, wenn sie schriftlich vorgebracht ist. Wir haben hier nicht von den gegen den König, oder die Religion, oder die Moral verbreiteten verbrecherischen Schriften, sondern im Zusammenhange mit der Lehre von den Injurien, nur von den Libellen gegen Privatpersonen zu sprechen, und hier gilt jede, mit böslicher Absicht einen Andern dem Hasse oder der Verachtung seiner Mitbürger Preis zu geben oder ihn lächerlich zu machen, verfertigte Schrift als libel [57]), so daß der Geschmähte deswegen entweder eine Civilklage anstellen, oder eine Criminalanklage erheben kann. Der Grund, warum das englische Recht das libel als Criminalverbrechen ansieht, liegt darin, daß man in der Handlung einen Friedensbruch und eine Provocation des Geschmähten zur Selbsthülfe findet [58]). Daß in dem libel eine Verläumdung liege, ist nicht nöthig, auch eine Injurie, welche den Andern lächerlich zu machen sucht, begründet ein libel [59]); — daher wird nach engl. Rechte manche Aeußerung, welche, wenn sie auch mündlich vorgebracht wäre, keine Injurie begründete, als solche strafbar, sobald sie schriftlich vorgebracht ist, und als libel erscheinen kann; so z. B. ist ein Brief, worin jemandem geschrieben worden, daß

er

56) Ruſſel on crimes and misdemeanors. Vol. I. p. 228.

57) Holt law of libel in which is contained a general history of this law. London 1816. Hawkins treatise on the pleas of the crown (Ausgabe von Curwood. Lond. 1824.) Vol. I. p. 542.

58) Blackſtone l. c. p. 124. Ruſſel on crimes l. c. p. 209.

59) Ruſſel on crimes l. c. p. 228.

er die Krätze habe, als libel bestraft worden. In einem Falle, wo ein Bürgermeister einem Adeligen eine schriftliche Erlaubniß zusendete, ein Bordell zu halten, wurde libel angenommen. Vergebens würde man dies englische System, das ohnehin nicht auf einer geschlossenen Gesetzgebung, sondern auf dem (ungeschriebenen) common law beruht, auf feste Grundsätze zurückzuführen versuchen. Da nur die Geschwornen über die Thatsachen, und ob etwas libel, zu entscheiden haben und nach den Statuten auch hier über den Rechtspunkt entscheiden dürfen, so kann sich nicht so leicht eine feste Jurisprudenz bilden. Gewiß ist aber, daß man von dem Unterschiede, ob etwas wörtliche Injurie oder libel ist, zu viel abhängig macht. Allerdings wird ein Schärfungsgrund der Strafe in dem Umstande liegen, daß durch die Schrift eine gewisse Aeußerung mehr verbreitet wird und dadurch dem Geschmähten nachtheiliger werden kann, so wie daß durch die Schrift der Injuriant mehr seine Ueberlegung und die nicht blos in flüchtiger Aufwallung entstandene böse Absicht bewähret; allein dies darf nicht zu weit getrieben werden; bei wahren Preßvergehen mag der Gesichtspunkt passen, aber deswegen nicht bei allen schriftlichen Injurien. Wer dem Gegner einen beleidigenden Brief schreibt, spricht deswegen noch nicht die Absicht die Injurie zu verbreiten aus. Auch ist gegen den Gesichtspunkt, daß ein libel als Friedensbruch ganz anders als eine wörtliche Injurie zu strafen sey, viel einzuwenden. Eine mündliche Aeußerung z. B. in sehr großer Gesellschaft vorgebracht, wird dem Geschmähten leicht empfindlicher und nachtheiliger seyn können, als eine schriftliche Injurie. — Darauf, ob jemand nur in ei-

vom lächerlichen Lichte dargestellt wird, soll es nicht ankommen; denn einen wahren Nachtheil leidet dadurch der Andere nicht, wenn nicht besondere Umstände hinzukommen, welche die Verachtung beweisende Gesinnung des Injurianten zeigen. Auch verdient es keine Billigung, bei der mündlichen Injurie das Daseyn der Injurie davon abhängig zu machen, ob der Kläger einen Nachtheil nachweisen kann, der ihm durch die Worte des Andern zuging. Bei dem Gewerbsmanne kann dies leicht eintreten, ohne daß man deswegen von Injurie sprechen sollte. Offenbar verwechselt hier das englische Recht die Ehrenkränkung mit einer schädlichen Handlung, welche den Civilanspruch auf Schadensersatz begründet. — Einen interessanten Entwurf eines Gesetzes über Ehrenkränkungen mit wesentlichen Verbesserungen der englischen Rechtsansichten enthält der von Livingston in Nordamerika bearbeitete Code [60]). Mit Recht ist (§. 4) darauf, ob ein Friedensbruch (ein unbestimmter Begriff) in der Injurie liegt, nicht mehr gesehen; das libel ist nur als eine strafbarere Art der Injurie erklärt, deren Gattungsbegriff der Gesetzgeber angiebt. Die Feinheit, der Zergliederung der einzelnen Fälle von richterlicher Willkür vorzubeugen, ist höchst achtungswürdig, und überall leuchtet die Rücksicht hervor, die Rede- und Schreibfreiheit da zu schützen, wo die Absicht des Aeußernden wahrscheinlich wird, in einem erlaubten Interesse zu handeln, z. B. diejenigen aufmerksam zu machen, von welchen die Anstellung

60) Wir haben das Kapitel über die Ehrenkränkungen in der Uebersetzung geliefert, in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung (von Mittermaier und Zachariä) IV. Bd. S. 296.

einer Person, deren Eigenschaften zu einem Amte man bezweifeln zu müssen glaubt (§. 8), abhängt, oder wo man über die Rechtschaffenheit oder Fähigkeiten eines Andern zu einem Gewerbe oder Geschäfte sich äußerte, weil ein Dritter um Rath fragte, oder weil man schuldig war einen guten Rath zu geben (§. 9). Eben so weise ist die Vorschrift (§. 10), daß da nicht eine Injurie angenommen werden soll, wo man ein literarisches oder wissenschaftliches Werk, oder ein Kunstprodukt kritisirt, mag auch der Tadel noch so ungerecht seyn, sobald nur nicht die boshafte, auf Ehrenkränkung gerichtete Absicht zum Grunde liegt, welche durch die Kritik bemäntelt werden soll. Wenn dagegen der Entwurf eine Definition der Injurie versucht, so ist ihm diese wohl auch nicht gelungen, und überall sieht man das Streben, durch eine Masse von speciellen Beschreibungen wieder einzuschränken, wo die Allgemeinheit des Ausdrucks die Richter hätte irre führen können [61]). Wenn es heißt: daß eine Injurie auch da vorhanden sey, wenn Worte oder Zeichen den Glauben erwecken, daß die Person, auf welche sie sich beziehen, einer Handlung sich schuldig gemacht habe, welche die Mitbürger bewegen kann, den geselligen Verkehr mit dieser Person abzubrechen, so wird dadurch das Gebiet der Injurie sehr ausgedehnt; denn der Vorwurf, daß jemand eine Plaudertasche ist, die kein Geheimniß bewahren kann, wird auf die Mitbürger und ihre Lust, geselligen Umgang mit jemandem zu haben, nachtheilig wirken können; selbst Aeußerun-

61) In §. 2 des Entw. heißt es: Unter Ehrenkränkung wird eine Beleidigung der Ehre eines Andern durch Behauptungen verstanden, welche entweder unwahr, oder wenn sie wahr sind, doch in keiner erlaubten Absicht gemacht werden.

gen, welche zeigen, daß jemand einer gewissen politischen Partei ergeben ist, werden Einfluß haben, daß sich Andere, die entschieden einer andern politischen Ansicht huldigen, von einer gewissen Person zurückziehen, und doch darf man in solchen Aeußerungen, die den bürgerlichen legalen und sittlichen Werth des Andern nicht betreffen, keine Injurien finden. Wenn auch der Entwurf da eine Injurie annimmt, wo jemand von einem Andern erzählt, daß er körperliche Gebrechen und Krankheiten habe, die bewirken können, daß man die Gesellschaft des Andern flieht, so ist auch diese Ausdehnung nicht zu billigen; Aeußerungen, daß jemand einen übelriechenden Athem, oder die Krätze, oder fallende Sucht habe, gehören hierher, und doch paßt darauf nicht der Begriff von Injurie. Eben so wenig kann man beistimmen, wenn der Entwurf auch da eine Injurie aufstellt, wo jemand einen Andern für unfähig erklärt, dem Geschäfte, Gewerbe oder Handel, den die Person treibt, vorzustehen. Soll man darnach nicht frei über die Ungeschicklichkeit eines Schneiders, über den Mangel an praktischem Blick eines Arztes urtheilen dürfen? —

Das neueste Gesetz über Ehrenkränkungen ist das großherzoglich badische [62]), merkwürdig, da es aus den Discussionen [63]) der beiden Kammern hervorgegangen, und darauf berechnet ist, das Gesetz über Preßvergehen zu ergänzen. Das Gesetz trennt richtig die Verläumdung von der einfachen Injurie, und unterscheidet bei der ersten den Fall, wo jemand fälschlich

62) Vom 28. Dec. 1831.

63) Die Verhandlungen der zweiten Kammer sind abgedruckt in den Protokollen der Ständeversamml. der 2ten Kammer, Heft 27 von Seite 221 an.

eine Thatsache vorwirft, welche, wenn sie wahr wäre, im Allgemeinen eine Zucht- oder Correctionshausstrafe zur Folge haben müßte, von den übrigen Fällen der Verläumdung, da in der Regel der Nachtheil, welchen der Verläumdete leidet, um so größer ist, je schwerer der ihm gemachte Vorwurf ist. Das Gesetz [64]) rechnet auch mit Recht zur Verläumdung überhaupt nicht blos den Vorwurf strafbarer, sondern auch solcher Handlungen, welche den Andern der öffentlichen Verachtung Preis geben würden [65]); durch den letzten Zusatz sollte verhindert werden, daß man nicht bei jedem Vorwurfe einer unmoralischen Handlung schon Verläumdung annimmt, sondern nur bei jenen, die nach der öffentlichen Meinung den Andern als verächtlich darstellen; so wird man z. B. bei demjenigen, von dem gesagt würde, daß er sich einmal betrunken, nicht sagen, daß er verläumdet worden sey. Uebrigens ist der in dem Gesetze gewählte Ausdruck noch vieldeutig und begünstigt willkürliche Auslegung; es wird z. B. immer viel Streit seyn, ob auch der einem Mädchen gemachte Vorwurf, daß sie in sehr vertrauten Verhältnissen mit einem Manne

64) Es heißt in §. 1: Wer von einem Andern eine bestimmte Thatsache, welche ein von den Gesetzen mit Strafe bedrohtes Verbrechen begründen, oder den Andern der öffentlichen Verachtung Preis geben würde, öffentlich, oder von der Obrigkeit, oder von Personen, die auf das Wohl des Andern Einwirkung haben, oder endlich unter Umständen, aus welchen die Absicht den Andern an der Ehre zu kränken hervorgeht, wissentlich falsch ausgesagt, ist der Verläumdung schuldig und mit bürgerlichem Gefängniß, welches die Dauer von 2 Jahren nicht übersteigen darf, zu bestrafen.

65) Der Entw. der Commission enthält die Worte: der öffentlichen Geringschätzung Preis geben.

stehe, sie der öffentlichen Verachtung Preis giebt und eben daher eine Verläumdung vorhanden ist. Auch ist der Ausdruck: öffentliche Verachtung, nicht passend; man wollte damit bezeichnen: der Verachtung seiner Mitbürger. Das Gesetz schränkt den Begriff der Verläumdung auf Vorwürfe ein, welche öffentlich, oder vor der Obrigkeit, oder vor Personen, die auf das Wohl des Andern Einwirkung [66]) haben, gemacht werden. Dieser letzte Ausdruck ist zu unbestimmt; denn der Vater hat auch auf das Wohl seines Sohnes Einwirkung, und doch ist nicht einzusehen, warum eben eine ihm gemachte falsche Aeußerung über seinen Sohn Verläumdung seyn, und die in Gegenwart von drei andern Personen vorgebrachte es nicht seyn soll. Aeußerung des Vorwurfs in einer Schrift, wenigstens in einer zur Verbreitung bestimmten, sollte ebenfalls einen Vorwurf zur Verläumdung stempeln. Der Zusatz: oder unter Umständen aussagt, aus welchen die Absicht hervorleuchtet den Andern an der Ehre zu kränken, ist nicht gut gewählt, denn es scheint darnach, daß ein falscher Vorwurf, wenn er die Merkmale der Oeffentlichkeit nicht hat, blos durch die Absicht der Kränkung eine Verläumdung werden soll, und dies ist nicht zweckmäßig, denn der Charakter der Verläumdung muß im Inhalt liegen, nicht in der Art der Absicht, welche bei allen Injurien auf gleiche Weise vorkommt. Auch der Ausdruck: wissentlich falsch aussagt, ist bedenklich, denn dar-

66) Auch dieser Ausdruck ist zu unbestimmt. Wer z. B. vor einem Beamten, wenn der Kläger mit dem Beklagten in einem Prozesse vorgeladen ist, der Beklagte im Zorn dem Gegner vorwirft, daß er ihn bei dem Geschäfte betrogen habe, so wäre dies eine Verläumdung.

nach wird derjenige, welcher die Verläumdungsklage anstellt, auch ein sehr schwer zu erweisendes Merkmal darthun müssen, nämlich daß der Verläumder das Bewußtseyn der Falschheit hatte. Wer daher beharrlich dies Bewußtseyn läugnet, ungeachtet er den Beweis des Vorwurfs nicht führen kann, wird vorzüglich, wenn er sich darauf berufen kann, daß er es von Andern hörte, nicht als Verläumder zu strafen seyn, obgleich er es mit der Absicht dem Andern zu schaden verbreitete [67]). Wenn nun das Gesetz den Thatbestand der einfachen Injurie so bezeichnet, daß dahin alle Aeußerungen und Handlungen gerechnet werden, durch welche jemand das Recht eines Andern auf Ehre absichtlich verletzt, so ist dadurch vom Gesetzgeber auf die wissenschaftlichen Erörterungen in einer Weise gewiesen, welche für die Rechtsanwendung nicht wohlthätig ist, indem dadurch von einem unter den Gelehrten höchst bestrittenen Punkte: worin das Recht auf Ehre besteht, die Gesetzesanwendung abhängig gemacht wird. Wir haben bisher bei Angabe der verschiedenen Gesetzgebungen gesehen, wie verschieden der Umfang des Rechts auf Ehre aufgestellt wird. In den Schriften der Gelehrten ist nicht weniger Widerstreit. Jede Aeußerung der Geringschätzung ist nach Einigen schon Ehrenkränkung; nach Andern jede Aeußerung, wodurch das Fortkommen oder der Gewerbsbetrieb des Andern geschmälert wird; nach Andern ist der Vorwurf der unehelichen Geburt, oder eines geheimen Gebrechens, Injurie. Warum will der Gesetzgeber nicht diese Streitigkeiten

67) Merkwürdige Fälle, wo man strengen Beweis des Bewußtseyns der Falschheit fordert, s. in den Annalen der großh. bad. Gerichte 1832. 1. Bd. Nr. 2.

abschneiden, indem er den Thatbestand der Ehrenkränkungen auf eine bestimmte Weise bezeichnet? Es fällt doch keinem Gesetzgeber ein, auszusprechen: wer das Recht eines Andern auf Keuschheit verletzt ꝛc.; eben so wenig sollte der Gesetzgeber von einer Verletzung des Rechts auf Ehre in einem Gesetzbuche sprechen. — Die Bestimmungen über das Strafverhältniß dagegen sind im badischen Gesetze zu billigen, da sie die Gränzen gehörig festsetzen und die Abstufungen andeuten, ohne das richterliche Ermessen zu sehr einzuschränken [68]). — Dem neuesten Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für Würtemberg [69]) hat entschieden das badische Gesetz zunächst vorgeschwebt; er enthält aber manche Verbesserungen des Gesetzes. Der Begriff der Verläumdung ist allgemein festgestellt [70]), und die im bad. Gesetze zum Begriffe geforderten speciellen Merkmale gewisser Formen des Vorbringens sind im Entwurfe nur als verschärfende Rücksichten angegeben; bei der Aufstellung des Begriffs [71]) von Ehrenbeleidigungen enthält aber der Ent-

---

68) Ueber Verläumdung oben in Not. 64. — In §. 5. ist der einfachen Ehrenkränkung Verweis oder Gefängniß bis 4 Monate gedroht.

69) Entwurf von 1822. Tit. II. Kapitel IV. §. 258—270.

70) Es heißt in §. 258: Wer einem Andern eine bestimmte Thatsache andichtet, welche in den Gesetzen als eine strafbare Handlung bezeichnet oder so beschaffen ist, daß sie den Andern der öffentlichen Geringschätzung Preis geben würde, ist der Verläumdung schuldig.

71) Es heißt in Art. 260: Ist die Andichtung bei der Obrigkeit in der Absicht geschehen, um gegen einen Unschuldigen eine Untersuchung zu veranlassen, oder ist solche durch Druckschriften, oder durch Schriften, in welchen der Verfasser nicht oder falsch genannt ist, verbreitet, so trifft den Thäter, wenn die Andichtung den Vorwurf eines Verbrechens enthält, Arbeitshausstrafe bis 5 Jahre, und Geld-

wurf den nämlichen Fehler, der im badischen Gesetze vorkommt, indem er auch von einer Verletzung des Rechts des Andern auf Ehre spricht. Der Entwurf weicht in Bezug auf die Strafdrohung von dem badischen Gesetze ab, daß er bei der Verläumdung neben dem Gefängniß Geldbuße, und bei der einfachen Ehrenbeleidigung Gefängniß oder Geldbuße droht.

Diese Verschiedenheit der Ansichten der Gesetzgebungen mag den Versuch rechtfertigen, in der folgenden Abhandlung die Grundsätze aufzustellen, auf welche eine zweckmäßige Gesetzgebung ihre Vorschriften über Injurien bauen soll.

---

buße, und wenn eine andere Andichtung gemacht ist, Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und Kreisgefängniß nicht unter 5 Monate.

XX.

Ueber die richterliche Willkür bei absolut unbestimmten Strafgesetzen.

Von

Birnbaum.

Daß bei Anwendung eines in jeder Beziehung oder absolut unbestimmten Strafgesetzes, welches weder der Art noch dem Grade nach die Strafe bestimmt, unter allen von der Gesetzgebung überhaupt anerkannten Strafen die Wahl gegeben sey, wird von Feuerbach auch noch in der letzten Ausgabe seines Lehrbuchs behauptet [1]). Darunter soll auch die Todesstrafe begriffen seyn, und auch Martin ist der Meinung, es sey dem Geiste der Carolina gewiß zuwider, daß Todesstrafe überhaupt in arbiträren Fällen nie erkannt werden könne [2]). Wächter's Ansicht ist mit der vorhergehenden so ziemlich übereinstimmend [3]), wie denn überhaupt die meisten Neueren derselben zugethan sind; aber gleichwohl kann ich meiner Ueberzeugung nach nicht umhin, der Kleinschrod'schen Meinung den Vorzug zu geben [4]), und

1) §. 78 der 11ten Ausgabe.
2) Lehrbuch 2te Ausgabe. §. 62. not. 5.
3) Lehrbuch §. 121. not. 95.
4) Entwicklung Th. II. §. 135 u. f.

es soll im Folgenden versucht werden, dieselbe fester zu begründen und namentlich ihre Uebereinstimmung mit den ausdrücklichen Bestimmungen sowohl als mit dem Geiste des gemeinen deutschen Strafrechts nachzuweisen. Diese Erörterung hat wohl ein doppeltes Interesse, zu einer Zeit, in der einerseits der Streit über Beschränkung oder Erweiterung der richterlichen Willkür in Straffachen überhaupt noch keineswegs als entschieden betrachtet werden kann, andrerseits die Frage über die Abschaffung oder Verminderung der Todesstrafe von Neuem angeregt und aufs eifrigste in wissenschaftlichen Werken sowohl als in gesetzgebenden Versammlungen erörtert worden ist.

So sehr ich der neueren und neuesten Behauptungen des Gegentheils ungeachtet noch immer den Glauben festhalte, daß eine absolute Abschaffung der Todesstrafe weder jetzt noch zu irgend einer Zeit räthlich oder möglich seyn dürfte, eben so sehr bin ich je nach Beschaffenheit der Umstände für eine relative Verminderung dieser Strafe, und ich glaube mich in der Hinsicht bei verschiedenen Gelegenheiten schon deutlich genug ausgesprochen zu haben, um nicht für einen Rigoristen im Criminalrechte gehalten zu werden. Nicht nur allein aber halte ich die z. B. in Frankreich in der neuesten Zeit durch die Gesetzgebung bewirkte Verminderung der genannten Strafe [5]) im Allgemeinen für einen wesentlichen Fortschritt zum Bessern, sondern ich stimme auch denjenigen bei, die z. B. in Beziehung auf das gemeine Recht in Deutschland der Praxis in einzelnen

5) Vgl. kr. Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, Band IV. Heft 3. S. 436. Abhandlung von Lagarmitte.

Fällen eine ähnliche Kraft zuschreiben, und bin daher mit der von Mittermaier gegebenen Lösung der Frage, ob noch gemeinrechtlich der Todtschlag mit der Todesstrafe belegt werden soll [6]), vollkommen einverstanden. Ich bin es um so mehr, da ich keineswegs der Feuerbach'schen Meinung beitreten kann, nach welcher der Gerichtsgebrauch nimmermehr aus Gründen des Rechts in der Theorie soll gerechtfertigt und als Quelle verpflichtender Rechtsnormen im Criminalrecht soll betrachtet werden können, obschon die in den letzten Ausgaben des Lehrbuchs beigefügte Behauptung: er sey nur anzuerkennen, wie man auch Staatsrevolutionen anerkenne, als Thatsache, nicht als Recht, schon eine bedeutende Annäherung an die entgegengesetzte Theorie enthält [7]). Wir führen diese Aeußerung Feuerbach's darum an, weil wir demnächst auf dieselbe bei der Auseinandersetzung der Gründe für unsre hier zu erörternde Ansicht werden zurückkommen müssen. Wer aber geneigt ist, der Praxis oder dem Gerichtsgebrauche oder überhaupt dem Gewohnheitsrechte so viel Ansehen beizulegen, um der in einzelnen Fällen von den Gesetzen ausdrücklich ausgesprochenen Todesstrafe keine Anwendbarkeit zuzugestehen, der wird natürlich um so geneigter seyn, dem Richter das Recht, die Todesstrafe zu verhängen, abzusprechen, wo es wenigstens zweifelhaft ist, ob in einem vor dreihundert Jahren gegebenen Strafgesetze der Gesetzgeber wirklich dies Recht habe einräumen wollen in irgend einem Falle, in wel-

6) Archiv Bd. VIII. S. 234. Vgl. Hitzig's Annalen der deutschen und ausländischen Criminalrechtspflege, Heft VI. S. 265.

7) §. 5. Anmerkung.

chem er über die zu verhängende Strafe ganz geschwiegen oder dieselbe nur in einem ganz allgemeinen Ausdrucke festgesetzt hat. Wir gehen aber noch weiter und hoffen darthun zu können, daß dies des Gesetzgebers Wille nicht gewesen sey.

Nach Wächter's [8]) Ansicht gehört zur willkürlichen Strafe oder *poena arbitraria* die theilweise oder gar nicht bestimmte, und meist auch die *poena extraordinaria*. Er versteht aber wohl letzteres von der ausserordentlichen Strafe nach dem neueren Begriffe dieses Wortes, in welcher Hinsicht er unter andern auf Martin [9]) verweist, nicht aber von derselben im römischen Sinne, wie er besonders von Marezoll [10]) entwickelt und zum Theil abweichend von mir in diesem Archiv erörtert worden ist [11]). Abgesehen von diesen Begriffsbestimmungen, auf welche wir noch mit Wenigem zurückkommen werden, so weit dieselben zur Lösung gegenwärtiger Frage uns von praktischem Werthe zu seyn scheinen, wollen wir hier nur auf die bei der Angabe jener Begriffe von Wächter geschehene Hinweisung auf eine Bemerkung Feuerbach's [12]) aufmerksam machen, die auch uns vollkommen richtig und in dieser Lehre sehr beachtenswerth erscheint, auf die Bemerkung nämlich, „daß der Richter nur auf gesetzlich gebilligte Strafen erkennen dürfe, und es nicht in seiner Gewalt stehe, neue Strafübel zu erfinden, daß er selbst bei willkürlichen Strafen nur solche wählen dürfe, die sonst in der Gesetzgebung angedroht oder

8) Lehrbuch Th. I. §. 96. 9) Lehrbuch §. 95.
10) Ueber die bürgerliche Ehre. Gießen 1824. S. 129.
11) Band VIII. S. 678 u. f. 12) Lehrbuch §. 140.

durch gegründete Gewohnheiten gebilligt werden." Der letzte Satz ist gewiß nicht zu bezweifeln, und ihn wollen wir hier insbesondre ins Auge fassen. Ohne näher zu untersuchen, inwiefern derselbe zu den übrigen Ansichten Feuerbach's passe, die wir oben, als von den unsrigen verschieden, im Vorübergehen angezeigt haben, da wo von der rechtlichen Gültigkeit einer auf Gerichtsgebrauch beruhenden Strafbestimmung die Rede war: wollen wir hier nur, gleichsam zur Einleitung in die folgende Erörterung, die Frage aufwerfen, ob der Richter in den Fällen, in welchen das Gesetz eine Bestrafung fordert, dieselbe aber nirgends bestimmt ist, in Hinsicht auf Bestimmung derselben für den concreten Fall nicht eben so gut an eine gegründete Gewohnheit gebunden seyn könne, als er hierauf in Hinsicht auf die Wahl des Strafübels überhaupt verwiesen wird?

Nach römischem Rechte, auch wie dasselbe in der als Hauptquelle des gemeinen deutschen Strafrechts anzusehenden Justinianischen Sammlung vorliegt, kann darüber kein Zweifel obwalten, und ich glaube schon anderswo hinreichend dargethan zu haben [13]), daß besonders in einem hier als Hauptstelle zu betrachtendem Pandektenfragmente davon die Rede ist, daß die Strafe eines Verbrechers durch Gewohnheit bestimmt seyn könne, ja der Grundsatz vorgetragen wird, es könne überhaupt keine eigentliche Strafe, keine *poena* auferlegt werden, die nicht durch Gesetz oder Gewohnheit als Strafe eines besondern Verbrechens ausdrücklich festgesetzt sey; *poena non irrogatur, nisi quae quaque lege*

13) Archiv VIII. a. a. O.

vel quo alio jure speciatiter huic delicto impositum est [14]). Daß die Worte *quo alio jure* auf das ungeschriebene Recht, oder, wie es die Römer im Gegensatze von *jus legitimum* nannten, auf das *jus extraordinarium* gehen [15]), hat vor Kurzem auch noch Bauer sehr richtig bemerkt [16]). Nicht weniger richtig ist es, mit Roßhirt zu sagen [17]), sie deuten alles dasjenige an, *quod legis vicem optinet* [18]), und wenn gegen Bauer von Hepp behauptet wird, jene Worte seyen nicht vom Gewohnheitsrechte, sondern von anderen geschriebenen Rechtsquellen außer dem Comitialgesetz oder der *Lex* im engern Sinne zu verstehen [19]); so ist dies eine rein willkürliche Voraussetzung, die durchaus keine Gesetzstelle für sich hat, und sich besonders durch die von mir schon früher in diesem Archiv gegebene Entwicklung des Begriffs von *crimen extraordinarium* im Gegensatze von *crimen legitimum* oder *judicium publicum* [20]) widerlegen läßt.

14) L. 131. D. de V. S.

15) Der Ausdruck *legitimum jus* steht bei Gajus IV. 111, die Worte aber *jus civile*, *jus extraordinarium* und *jus honorarium* in L. 10. D. de V. S. deuten den nämlichen Gegensatz an, den Gajus IV. 108 mit den Worten *ex legibus*, *ex his quae legis vicem optinent* und *ex jurisdictione praetoris* ausdrückt. Vgl. L. 7. D. de leg. Cornel. de falsis.

16) Die Warnungstheorie. Göttingen 1850. §. 52.

17) Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts. Heidelberg 1828. S. 55.

18) Oder *quod legis vim obtinet*, wie es in L. 38. D. de legibus heißt in Beziehung auf *consuetudo aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas*. Freilich gehört hierher auch das, was *commentitium jus* in L. 20. D. de poenis genannt wird, und worüber Brissonius s. h. v., besonders aber der daselbst angeführte Bynkershoek Observ. lib. V. 16. zu vergleichen ist.

19) Heidelberger Jahrbücher, Decemb. 1850. S. 1196.

20) Insbesondre Bd. VIII. S. 669 u. f.

Auf die oben genannte Entwicklung gestützt getraue ich mir auch behaupten zu können, daß, wie überhaupt nach dem Geiste des römischen Rechts keine That als Verbrechen einer peinlichen Untersuchung unterworfen werden kann, die nicht als strafbar durch Gesetz oder Gewohnheit im weitern Sinne dieser Worte besonders bezeichnet wird, so auch keine eigentliche Strafe aufgelegt werden darf, die nicht durch Gesetz oder Gewohnheit bestimmt ist. Ja ich behaupte, daß es von diesem als Regel zu betrachtenden Grundsatze weit weniger Ausnahmen giebt, als man gewöhnlich annimmt, wenn man nur logisch zwischen dem unterscheiden will, was in der Regel gar nicht enthalten, und dem, was von ihr wirklich ausgenommen ist. Als gar nicht in der Regel enthalten ist das anzusehen, was in den römischen Rechtsquellen von der *mulcta* gesagt wird, im Gegensatze von der eigentlichen Strafe, von der Paulus übereinstimmend mit Ulpian sagt: *poenae certae singulorum peccatorum sunt* [21]). Wenn nun also eine jede eigentliche Strafe eine *poena certa* seyn muß, so ist es klar, daß das römische Recht in der Regel keine *poena arbitraria*, keine durchaus von der Willkür des Richters abhängige Strafe anerkennt, und gewiß galt dies zur Zeit der klassischen Juristen ohne Unterschied, ob auf Strafe in einem judicium publicum oder crimen legitimum, oder ob auf dieselbe in einem judicium moribus inductum oder crimen extraordinarium angetragen wurde. Wie nämlich in den Rechtsquellen ausdrücklich gesagt wird, daß da, wo die Anklage durch

21) Vgl. L. 244. D. de V. S. mit L. 131. D. eod. tit.

durch kein Gesetz begründet ist, *ubi non legitimum crimen est*, auch die Strafe keine *legitima* seyn könne [22]), und das *extra ordinem* in Beziehung auf Strafe ausdrücklich dem *ex legibus* entgegengesetzt wird, um weiter nichts als den nicht in einem Gesetz bestehenden Ursprung der rechtlichen Bestrafung anzudeuten [23]); so ist natürlich in jedem Falle, wo nach römischem Rechte der Begriff von *crimen extraordinarium* eintritt, auch die dabei zu verhängende Strafe eine *extraordinaria* nach römischen Begriffen, ohne daß dadurch im Allgemeinen mehr als die Rechtsquelle derselben bezeichnet würde, ohne daß in diesem Worte an sich im Geringsten die Idee des Willkürlichen zu suchen sey. Daß eine *extraordinaria poena* durch *mores* und *constitutiones principum* ein für alle Mal bestimmt, also *certa* seyn konnte, ist schon in der oben angeführten Stelle Marezoll's bemerkt, welcher auch Wächter beizustimmen scheint [24]). Es lassen sich aber auch aus-

22) Vgl. L. 5. §. 2. D. Stellionatus, und darüber Archiv VIII. S. 669.

23) L. 1. C. ubi de crim. agi. Vgl. hier oben Note 15. *Extra ordinem* ist also in der Hinsicht gleichbedeutend mit *extra legem*. Ohnehin kommt *Ordo* bei den Klassikern zuweilen in einer mit der von *Lex* verwandten Bedeutung vor. Wie aber schon bei den klassischen Juristen das Wort *jus legitimum* nicht blos in Beziehung auf das durch eine wirkliche *Lex* Eingeführte, sondern auch in Beziehung auf *SCta* gebraucht worden zu seyn scheint, nach Gajus IV. §. 110 u. 111, so war es auch nach ihren Ansichten unbezweifelt *crimen legitimum* oder *judicium publicum* und nicht *crimen extraordinarium*, wenn die peinliche Anklage irgend eines Delicts blos auf einem *Senatus-Consultum* beruhte. In der Hinsicht ist Marezoll a. a. O. zu berichtigen. Vgl. L. 5. §. 5. D. de praevaricat. L. 2. D. de conenss.

24) Lehrbuch §. 96. not. 99.

drückliche Gesetzstellen anführen, in denen eine absolut bestimmte Strafe eine *extraordinaria* genannt wird, in Beziehung auf ihren Ursprung aus Gewohnheit, wie die Worte *ut plerumque solet* andeuten [25]), oder von einem Bestrafen *extra ordinem ex Constitutionibus principum* die Rede ist, während doch durch dieselben die Strafe wenigstens dem Maximum nach bestimmt erscheint [26]).

Es erliegt indessen keinem Zweifel, daß in einzelnen Fällen nach römischem Rechte Bestrafung Statt finden kann, auch wo weder durch Gesetz noch durch Gewohnheit eine Strafe festgesetzt ist. Aber obgleich eine solche Bestrafung auch unter dem Worte *poena* in weiterem Sinne mitbegriffen ist, so wird sie doch als

25) L. 1. D. de legationib.

26) L. 1. §. 2. D. de leg. Jul. de vi privata vgl. mit L. 4. §. 2. D. de naufragio. Eine blos auf kaiserlichen Constitutionen beruhende Anklage und Untersuchung wird in den Pandekten wenigstens nirgends *crimen legitimum* oder *judicium publicum* genannt, obschon in späterer Zeit die Kaiser oft ihre Constitutionen *perpetuas leges* nannten, und gegen einzelne früher nicht strafbare Handlungen geradezu ein *crimen publicum* anordneten, auch in der oben für den Ausdruck *jus legitimum* citirten Stelle aus Gajus, in der entsprechenden Institutionenstelle nebst *Lex* und *SCtum* auch die *Sacrae Constitutiones* stehn. Vgl. pr. J. de perpet. et tempor. act. Bemerkenswerth ist es übrigens, daß man noch zur Zeit der klassischen Juristen sich meistens auf eine Mehrheit kaiserlicher Constitutionen berufen zu haben scheint, um einen durch sie erst begründeten strafrechtlichen Satz zu erweisen, weshalb auch leichter erklärlich ist, warum eine dadurch eingeführte Untersuchung gleich der durch Gewohnheit eingeführten als *crimen extraordinarium* angesehen wurde. Man vgl. meine Schrift: de aetatis nostrae jus criminale reformandi studio. Lovanii 1828. pag. 40 sq. und über *Crim. extraord.* überhaupt auch Wassenaer in Fellenbergi Jurispr. antiqua. Vol. I. pag. 459.

mulcta in besonderm technischen Sinne von der eigentlichen *poena* nach dem oben angegebenen besondern Begriffe unterschieden, und im Gegensatze von der für letztere ausgesprochnen oben angeführten Regel heißt es von ersterer ausdrücklich: *multa ibi dicitur ubi specialis poena non imposita est.* Von ihr wird freilich gesagt: *ex arbitrio ejus venit qui multam dicit*, aber es ist auch ausdrücklich bemerkt: *multa est coërcitio specialis peccati, cujus animadversio hodie pecuniaria est.* Uebereinstimmend mit diesem Ausspruche Ulpians sagt auch Paulus von *poena* und *mulcta*, daß jene bestimmt sey, diese aber nicht, und fügt hier zur Erklärung bei: *quia ejus judicis potestas est, quantam dicat; nisi cum lege est constitutum, quantam dicat*[27]: Die letzten Worte sind wahrscheinlich ein Zusatz Tribonians, denn eine durch Gesetz bestimmte Strafe, wenn sie auch gleichwohl nur Geldstrafe ist, kann eigentlich nicht mehr *mulcta*, sondern muß der Theorie nach *poena* genannt werden, obgleich auch sonst der Sprachgebrauch schwankend ist[28]. Was sich aber aus beiden Gesetzstellen für unsre vorliegende Untersuchung ergiebt, ist dies, daß in der Regel nur Geldstrafen als durch richterliche Willkür bestimmbar im römischen Rechte angenommen werden, und selbst hierbei gab es mancherlei Beschränkungen durch verschiedene Eigenthümlichkeiten der römischen Gerichtsverfassung, indem nicht jeder Criminalrichter das Recht

27) L. 131 et 244. D. de V. S.

28) Vgl. L. 5. pr. mit L. 5. §. 1. D. de termino moto. Dagegen ist die technische Unterscheidung beobachtet in L. 2. §. 1. D. si quis in jus vocat. non ierit vgl. mit L. 25. D. de in jus vocand. L. 5. §. 5. D. de praevar. L. 7. D. de lege Fabia.

hätte, nach Willkür eine Geldstrafe aufzulegen, und selbst diejenigen, welchen dies Recht z. B. zufolge kaiserlicher Instructionen zustand[29]), auch noch in späterer Kaiserzeit an ein gewisses Maaß ein für alle Mal gebunden wären, wie der Codextitel *de modo mulctarum* zeigt[30]). Ueberdies wird von der *mulcta* ausdrücklich bemerkt, daß sie nicht infamire, und auch in Beziehung auf Appellation wird dem dazu Verurtheilten ein Vortheil zugestanden, der dem zu einer gesetzlich bestimmten Geldstrafe oder *poena* Verurtheilten nicht zukommt[31]).

Man sieht hieraus, daß das römische Recht der richterlichen Willkür bei Auferlegung von Strafen nicht so günstig ist, als man gewöhnlich annimmt, und es ist nach dem Vorhergehenden unbedenklich zu behaupten, daß in allen denjenigen Fällen, in welchen es in den Rechtsquellen heißt: *officio judicis culpa coërcebitur*[32]),

29) Die Erklärung der Ausdrücke cui judicatio data est, cui publice judicium est in L. 151. D. de V. S., L. 2. §. 8. D. de judiciis ist von keiner praktischen Wichtigkeit für die Lösung der vorliegenden Frage.

30) Lib. I. tit. 54. Auf diesen modus könnten sich auch die oben angeführten Worte: nisi cum lege est constitutum quantam dicat, in L. 244. D. de V. S. beziehen.

31) Vgl. L. 244. D. de V. S. mit L. 1. C. de modo mulctar.

32) L. 7. D. ad SCtum Turpill. Es wird dies hier ausdrücklich darum bemerkt, weil die *poena SCti adversus desistentes* hier nicht zur Anwendung kommen könne. Diese *poena SCti* aber ist unbezweifelt die in L. 5. §. 5. D. de praevar. genannte *poena quinque librarum auri*, die, obgleich durch einen Senatsschluß bestimmt, in diesem Fall doch kein *judicium publicum*, also gewissermaßen ein *extraordinarium* begründete, weil der Senatsschluß nicht zugleich zum Einklagen der Strafe eine *publica accusatio* eingeführt, den Antrag auf Strafe also blos den Betheiligten anheimgestellt hat.

der Richter dem Geiste des römischen Rechts gemäß keine andere als eine Geldstrafe auferlegen dürfe, ja selbst in vielen derjenigen Fälle, wo es ohne weitere Bestimmung heißt: *extra ordinem pro qualitate admissi plectitur*, ist damit keine andre Strafe als die *mulcta* gemeint, so wie dieselbe zuweilen selbst dann gemeint ist, wenn ohne weiteren Zusatz gesagt wird: *poena injungitur extraordinaria*[33]). Es hatten daher ältere Ausleger des römischen Rechts nicht ganz Unrecht, wenn sie gewissermaßen *mulcta* und *poena extraordinaria* für gleichbedeutend nahmen[34]). Daß die *mulcta* immer *extra ordinem* auferlegt werde, die eigentliche *poena* dagegen *ex lege*, hat auch Cujacius behauptet, der übrigens auch in dieser Materie manches Ungegründete angegeben hat[35]). So viel ist unstreitig anzunehmen, daß eine durch richterliche Willkür auferlegte Geldbuße, da sie immerhin *extra legem* auferlegt wird, nach römischer Terminologie als *extra ordinem* auferlegt anzusehen sey. Da aber der letzte Ausdruck auch in denjenigen Fällen gebraucht wird, wo die Strafe gesetzlich, jedoch nur nicht durch ein eigentliches Gesetz, sondern etwa durch Gewohnheit bestimmt ist, so genügt er an sich nicht, um die *mulcta* auszudrücken, es ist aber diese unter dem Aus-

---

55) Doch sind L. 3. D. ad SC. Turpill. L. 2. D. de praevar. mit L. 45. D. de injur. L. 6. D. de praevar. zu vergleichen.

54) Campiani de officio et potestate Magistratuum Romanorum. Genevae 1725. pag. 579, wo der Verfasser sich auch auf Bartolus beruft.

35) Z. B. eben darin, daß er *poena extraordinaria* und *arbitraria* für gleichbedeutend nimmt, ad L. 39. D. solut. matr. in Lib. XI. quaest. Papin. Opp. ed. Neapol. T. IV. pag. 284.

druck *extra ordinem secundum judicialem motum punitur* ohne Zweifel eben so zu verstehen, als unter den Worten: *ex causa a competenti judice mulcta pro jurisdictione judicis damnabitur*, über welche ebenfalls Cujacius verglichen werden kann [36]). Dasselbe scheint mir von dem Ausdruck *extra ordinem aestimatione judicis puniendi sunt* zu gelten in einer Stelle, nach deren Geist der Richter durch die angeführten Worte gewiß mehr beschränkt ist, als durch die Worte einer andern Stelle, wo es heißt: *supplicio corporali aut dispendio facultatum pro qualitate personae et judicis aestimatione plectetur.* In letzter Stelle hat der Richter nämlich die Wahl zwischen zwei alternativ festgesetzten Strafübeln, in erster hingegen scheint seine Willkür blos allein innerhalb der Grenzen der nach seiner Jurisdiction von ihm zu verhängenden Geldbuße sich äußern zu können (was nach der Natur des darin verpönten Delicts wohl noch aus andern Gründen erwiesen werden könnte), eben so, wie es sonst heißt: *pro aestimatione judicis extra ordinem pecuniaria poena mulctabitur* [37]).

Wir müssen jedoch hierbei bemerken, daß das römische Recht nach einem andern allgemeinen Grundsatze anstatt der Geldstrafe in gewissen Fällen andre

56) L. 2. C. ad SCtum Turpill. L. 2. §. 1. D. si quis in jus vocatus non ierit. Cujacius ad h. l. in Lib. I. Pauli ad Edictum. Opp. T. V. pag. 12. Das *ex causa* wird hier für gleichbedeutend mit *causa cognita* erklärt, das sonst auch so viel als *extraord.* heißt.

57) L. 3. C. de his qui accusare non possunt, und L. 1. C. de his qui latronis. Vgl. jedoch mit ersterer L. 1. C. intra certum tempus crim. qu. L. 2. C. ad SCtum Turpill. Dagegen L. 1. §. 6. D. de postulando.

zu verhängen gestattet, und zwar selbst die Verwandlung der gesetzlich bestimmten Geldstrafe in solchen Fällen erlaubt. So lange in den *judiciis publicis* und in den *judiciis privatis* der alte *ordo judiciorum* befolgt wurde, konnte darin weder von einer solchen Strafverwandlung, noch auch von derjenigen Strafveränderung die Rede seyn, die man in unsern Tagen ausschließlich mit dem Namen der Strafmilderung oder Strafschärfung bezeichnet (obwohl kein genügender Grund für den beschränkten Gebrauch dieser Worte vorhanden ist)[38]. Daß die *judices selecti* in den frühern *judiciis publicis* zu keiner andern Strafe verurtheilen konnten, als zu der in der *Lex* festgesetzten, nach welcher eben die Untersuchung geführt wurde, erliegt keinem Zweifel, und daß auch der von dem Prätor im *judicio privato* gegebne *judex* bei der Verurtheilung zu einer wegen eines Delicts durch Gesetz oder Edict bestimmten Strafe von derselben nicht abgehen konnte, versteht sich um so mehr von selbst[39].

38) Vgl. Hepp Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft, Heidelberg 1827. S. 229. Feuerbach's Terminologie hat übrigens auch die der Rechtsquellen gegen sich, und kann daher leicht zu Irrthümern Anlaß geben.

39) Empfehlenswerth in erster Hinsicht ist: Bellerey de mitigatione poenarum juris criminalis Romanorum inter reipublicae tempora, Heidelberg 1827, besonders pag. 41, wo aus Cicero pro Sulla 22. der Satz angeführt ist: *damnatio judicum, poena legis est.* Gleichen Sinn hat in L. 1. §. 4. D. ad SCtum Turpill. der Satz: *facti quidem quaestio in arbitrio judicantis est, poenae vero persecutio legis auctoritati reservatur.* Dieser Satz, der in L. 32. D. de poenis und L. 65. D. de furtis seine Erklärung findet, dient daher besonders dazu, um die von Feuerbach, Lehrbuch §. 75. gerügte Meinung zu widerlegen, gilt aber nach Justinianischem

Allein es ist auch bekannt, daß der *Magistratus*, der, wie der Prätor in Rom, der Präses in den Provinzen, ursprünglich nur die Instruction des Prozesses und die Execution des Urtheils hatte, in einzelnen Civilsachen schon früh selbst erkennen konnte oder die *cognitio* hatte, was zwar als *extra ordinem* stattfindend betrachtet, aber zuletzt so allgemein wurde, daß es hieß: *hodie omnia judicia extraordinaria sunt* [40]). Schon zur Zeit der klassischen Juristen hing es oft von der *aestimatio* des Präses ab, *utrum ipse cognoscat, an judicem dare debeat*; und daß insbesondre auch in civilrechtlichen Straffällen viel dem Erkenntniß des Prätors überlassen war, beweist nicht nur allein das oft vorkommende *causa cognita judicium dabo*, sondern das noch mehr enthaltende *prout quaeque res erit animadvertam* [41]), das ohne Zweifel auf ein Prätorisches *jus mulctae* in dem oben angegebnen technischen Sinne sich bezog, wie auch der Präses in den Provinzen [42]) ein solches hatte. Ja an einer Stelle heißt es in Beziehung auf die Strafe der *aleatores* ausdrücklich von den letztangeführten Worten des Edicts: *haec clausula pertinet ad animadversionem ejus qui compulit ludere ut aut multa multetur aut in vincula publica duca-*

Recht keineswegs mehr in der Allgemeinheit, wie er zu Cicero's Zeiten galt, und beweist, wie der Verfolg unsrer Abhandlung zeigen wird, namentlich das nicht, was daraus in dem eben angeführten Lehrbuch §. 100. not. *f* bewiesen werden soll.

40) §. ult. J. de interdictis. Vgl. besonders Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts, Bd. III. §. 75. 88. 89.

41) L. 8. 9. D. de officio praesidis. L. 15. §. 25. 28. 54. 43. 44. D. de injur. Zimmern §. 104.

42) L. 6. §. 9. D. de officio praesidis.

tur [43]), und die Androhung des Gefängnisses bezieht sich wahrscheinlich nur auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit, in welchem auch zur Zeit der Republik schon Aehnliches bei der *mulcta a magistratibus dicta* Statt gefunden haben mag [44]), so wie diese altrömische Strafart auch als Grundlage des *jus mulctae* der späteren Kaiserzeit anzusehen ist, obschon die davon handelnden Fragmente der Justinianischen Gesetzsammlung eine ganz andre Gestaltung dieses Rechtes voraussetzen, als es in den Zeiten beschaffen war, von denen uns z. B. des Livius Geschichtsbücher erzählen. So lehrreich übrigens unsrer Meinung nach eine geschichtliche Untersuchung dieses im Ganzen noch wenig erörterten Punktes des römischen Strafrechts auch für das Verständniß unsrer Rechtsquellen seyn würde, so liegt dieselbe doch natürlich außer dem Kreise unsrer hier zu gebenden Erörterung. Aber es ist für den praktischen Standpunkt der vorliegenden Frage nicht ohne Bedeutung, daß es noch in einer der späteren Kaiserzeit angehörenden Constitution des Justinianischen Codex in Beziehung auf das den kaiserlichen Beamten zustehende Recht bei gesetzlich nicht bestimmter Strafe gewisser Delicte innerhalb einer im Allgemeinen vorgezeichneten Grenze nach eignem Gut-

43) L. 1. §. 1. *D.* de aleatorib. Von *jubere vinculis publicis contineri* ist auch noch sonst und gerade in einem Falle die Rede, wo schon sehr früh dem Prätor oder Präses eine *cognitio* zustand. Vgl. L. 5. §. 16. D. de suspect. tutorib. Ueber das *jus mulctae* eines Prätor, der eine *quaestio perpetua* hatte, vgl. Klenze fragm. legis servitiae, Berol. 1825. pag. 59.

44) Invérnizi pag. 165. behauptet es mit Berufung auf Livius XXXVIII. 36, wo aber davon nichts steht. Im Lib. XXV. cap. 5. ist von *multae certatio* und *conjicere in carcerem*, vom letzterem aber in andrer Hinsicht die Rede.

dünken eine Geldbuße zu verhängen, ausdrücklich heißt: *non putent, erubescenda varietate judicii pro arbitrio proprio immutandum esse, quod jusserint, nisi paupertas condemnati hoc persuaserit* [45]). Man hat diese Stelle gewöhnlich so erklärt, daß darin außer dem Fall der Armuth das völlige Erlassen der einmal auferlegten Geldbuße verboten sey, und dieselbe in Verbindung mit einer andern gebracht, worin gesagt wird: *Remissa propter inopiam multa a provinciae Regentibus exigi non debet* [46]). Ich glaube aber, daß vielmehr das eigenmächtige Verwandeln der Geldbuße in jener ersten Stelle verboten sey, und daß in späterer Zeit wenigstens bei Zahlungsunfähigkeit die gegen den eines gesetzlich nicht mit bestimmter Strafe verpönten Delicts Schuldigen [47]) verhängte *multa* eben so gut in eine andre verwandelt werden konnte [48]), als es z. B. in Hinsicht auf eine durch das Prätorische Edict bestimmte Geldstrafe [49]) hieß: *aggra-*

45) L. 6. §. 6. C. de modo mulct.

46) Vgl. Campani l. l. Schon Bartolus hatte gesagt: in ordinaria *poena* obest paupertas, prodest autem in *multa* seu extraordinaria poena! Zum Theil findet sich diese Ansicht noch bei Cujacius Recitation. in Libr. IV. prior. Codicis, ad Lib. I. tit. 54. Oper. X. pag. 870.

47) L. 6. pr. C. de mod. mulct. „*contra eum quem culpa reddit obnoxium.*"

48) In einer Verordnung Constantins, in L. 4. God. Th. de liberali caus. IV. 8. heißt es sogar vel praedictam *mulctam* agnoscat, vel si per inopiam id implere non possit in *metallum* detrudetur. Doch steht hier *mulcta* nicht in dem oben erörterten technischen Sinne.

49) Zu der jemand ursprünglich durch das vom Prätor angeordnete *judicium recuperatorium* verurtheilt werden konnte, und auch dies geschah gewissermaßen *extra ordinem* nach Zimmern a. a. O. §. 17. vgl. §. 57. und Gajus IV. §. 46.

facto Urbis castigatur, si inopia dignoscitur laborare [50]).

Es ist nun hierbei darauf aufmerksam zu machen, wie gut sich aus der letzten Stelle erklären läßt, auf welche Weise nach und nach die ursprünglich zum *judicium privatum* gehörigen Straffälle *extra ordinem* vor die eigentlichen Criminalgerichte gebracht wurden, so daß dies bei vielen Delicten auch außer der Zahlungsunfähigkeit endlich die Regel wurde [51]), und man in dieser Hinsicht vom *crimen privatum* sprach. Die eigentlichen *crimina extraordinaria*, oder die auf andre Weise als durch Comitialgesetze und Senatsschlüsse eingeführten peinlichen Untersuchungen in Fällen besonders, wo es früher gar keine Klage gab, werden in unseren Rechtsquellen von den vorgenannten Fällen ausdrücklich unterschieden [52]), obschon sie eben so wie diese schon zur Zeit der klassischen Juristen zur Amtsbefugniß des Stadtpräfekten gehörten, der wie der Präses in den Provinzen schon zu Ulpian's Zeiten alle Criminalgerichtsbarkeit in sich vereinigte, und folglich auch über diejenigen Verbrechen erkannte, die ein *judicium publi-*

50) L. 25. D. de in jus vocand.

51) L. ult. D. de privat. delictis; L. ult. D. de furt. L. ult. D. de injuriis.

52) Z. B. L. 5. D. ad SC. Turpill. vgl. mit L. 7. §. 2. D. eod. L. 1. §. 2. 5. 10. L. 15. §. 1. D. eod. Aus dieser Vergleichung ergiebt sich, daß auf *calumniari in judicio publico* eine *poena legitima* stand, auf *calumniari in privato vel extraordinario crimine* aber eine *extraordinaria*. Eben so trifft das *desistere judicio publico* die *poena Senatusconsulti*, dagegen heißt es von dem *desertor criminis expilatae hereditatis, vel criminis furti extra ordinem moti* blos: *officio judicis oulpa coërcetur*, und daraus kann es nicht zweifelhaft seyn, was unter *crimen privatum* in der Unterscheidung von *crimen extraordinarium* zu verstehen sey.

rium begründeten [53]). Da nun aber der alte *Ordo judiciorum publicorum* schon früher untergegangen war, als der *Ordo judiciorum privatorum*; und es schon zu Paulus Zeiten hieß: *crimina extra Ordinem probantur* [54]), so ist es nicht zu bezweifeln, daß, wenn es in den Pandekten heißt: *qui extra ordinem de crimine cognoscit*, darunter ohne alle Ausnahme ein jeder eigentliche Criminalrichter zu verstehen ist, er mag nun ausnahmsweise über ein Delict, das ursprünglich vor das *judicium privatum* gehörte, also in einem *crimen privatum*, oder in einem eigentlichen *crimen extraordinarium*, oder in einem *judicium publicum* erkennen, er mag eine *poena legitima* oder eine *poena extraordinaria* zufügen. Den unwiderleglichsten Beweis für diesen Satz liefert folgende Stelle Ulpians: Generaliter placet in *legibus publicorum judiciorum* vel *privatorum criminum*, qui *extra ordinem cognoscunt praefecti atque praesides*, ut eis qui pecuniariam poenam egentes eludunt, coërcitionem extraordinariam inducant [55]). Von einem eigentlichen *crimen extraordinarium* ist in dieser Stelle gar nicht die Rede, weil Ulpian in derselben nur von den durch Leges judiciorum *publicorum* oder andre auf judicia *privata* sich beziehenden Gesetzen, z. B. die Lex XII Tabularum bei dem furtum, festgesetzten Geldstrafen reden wollte, an deren Stelle der *extra Ordinem* Erkennende, also jeder Criminalrichter, jetzt

53) L. 1. pr. D. de offic. praefecti urbi.

54) L. 8. D. de publ. jud.

55) L. 1. §. 3. D. de poenis. Vgl. L. 15. §. 1. D. ad SC. Turpill. „de judiciis publicis extra ordinem cognoscere." Vgl. dieses Archiv Bd. VIII. §. 675. 679.

eine *coërcitio extraordinaria* gegen Unvermögende verhängen könne, was natürlich die in früherer Zeit nach dem alten Ordo Judiciorum urtheilenden Judices nicht konnten. Man sieht hieraus offenbar, daß *extra Ordinem cognoscere* und *coërcitionem extraordinariam inducere* zwei verschiedne Dinge sind, und jenes eben so wenig an sich das Rechtsprechen nach einem bestimmten Strafgesetz ausschließt, als dieses ein Strafen nach bloßem richterlichen Ermessen bedeutet. Ja es erhellt hieraus, daß auch der *extra Ordinem* Erkennende an die gesetzlich bestimmte Strafe [56]) noch zu Ulpians Zeiten in der Regel gebunden war, und daß in der vorliegenden Stelle nur wegen Zahlungsunfähigkeit bei Geldstrafen eine Ausnahme gestattet wird. Daß ferner mit der statt der gesetzlich bestimmten Strafe in diesem Falle, nach einem auch heut zu Tage noch anwendbaren Grundsatze, zu erkennenden *coërcitio extraordinaria* nicht eine blos durch richterliches Ermessen festzusetzende gemeint sey, ergiebt sich auch schon daraus, daß eigentlich hier nur eine Strafe die Stelle der andern vertreten soll. Wenigstens wird es Niemanden einfallen, hier eben so wie in andern Fällen, wo die Gesetze dem *extra ordinem* Erkennenden zwischen verschiednen Strafübeln die Wahl geben, die richterliche Willkür bis zur Todesstrafe auszudehnen, wenn gleich in einer Constantinischen Constitution, die aber Justinian nicht sanctionirte [57]), bei Zahlungsunvermögen statt der gesetzlichen Geldstrafe die

56) Vgl. L. 8. D. de judic. publ. „manente legis poena."
57) L. 4. C. Th. de liberali causa IV. 8.

Bergwerkstrafe gedroht ist, ja sogar Drohung der Todesstrafe bei nicht erfolgter Zahlung der Geldbuße und hinwieder Lösung des Halses durch Geld nicht nur allein in altgermanischer Sitte lag, sondern selbst vom Geiste der Carolina eben nicht so entfernt ist, als man glauben dürfte [58]). Zwar spricht Feuerbach auch in Rücksicht auf den in obiger Stelle Ulpians enthaltenen Grundsatz von einer wegen unmöglicher Anwendung der gesetzlichen Strafe dem Richter zustehenden willkürlichen Verwandlung derselben, und von der Wahl eines dem besondern Grad der Strafbarkeit angemessenen Strafübels, eben so, wie er sich sonst dieser Worte in Rücksicht auf unbestimmte Strafgesetze überhaupt bedient [59]). Allein nebstdem ist für unserm vorliegenden Fall von Rücksichten der Billigkeit und von politischen Rücksichten auf das öffentliche Wohl die Rede, wodurch die Wahl des Richters bestimmt werden soll, und vor Allem soll darauf gesehen werden, welche Strafe der im besondern Falle unanwendbaren gesetzlichen durch Gesetz oder Gewohnheit gleichgeachtet werde [60]). Wir wollen hier wieder nicht untersuchen, inwiefern diese letzte Aeußerung zum Feuerbachschen System passe, aber wir glauben mit dem darin Enthaltenen auszureichen, um in jedem Falle bestimmen zu können, welche Strafe in der hier in Betrachtung gezogenen Stelle Ulpians mit der *coërcitio extraordinaria* gemeint sey, welche die Stelle der *poena pecuniaria legitima* bei Zahlungs-

58) Man denke nur an die Geldstrafe wegen Todtschlags noch lange nach der Carolina!

59) Vgl. Lehrbuch §. 159. 160. mit §. 78. 102.

60) §. 160. 157.

unfähigkeit vertreten solle. Vergleichen wir nämlich die sonstigen Stellen des römischen Rechts, wo in Beziehung auf die Geldstrafen bestimmter Delicte derselbe Grundsatz ausgesprochen ist, so finden wir, was die Worte *corpore coërcere*, ja selbst das Wort *Castigare* u. a. ausdrücken [61]), daß schon zu den Zeiten der klassischen Juristen durch kaiserliche Constitutionen oder Gewohnheit körperliche Züchtigung im Allgemeinen als die Stelle der wegen Armuth unanwendbaren Geldstrafe vertretend angesehen, und als solche durch die Justinianische Gesetzsammlung sanctionirt wurde. Höchstens ließe sich noch Gefängniß-Strafe aus einzelnen Stellen, wo von *vinculis publicis* die Rede ist [62]), als das der Geldstrafe gleichgeachtete Uebel an-

61) Vgl. L. 7. §. 5. D. de jurisdict. L. 5. D. si ex noxali. vauf. L. 45. D. de injuriis, woraus man sieht, daß selbst das Wort *capital* in L. 3. §. 1. D. de term. mot. nichts anders heißt. Archiv, Bd. VIII. S. 654 ff. Bd. IX. S. 424 ff. Vgl. ferner L. ult. D. de in jus vocando, L. 1. §. 10. D. de offic. praefect. urbis, wo *corrigere* eben so viel bedeutet, L. 55. D. de injuriis, wo, da pom. *praetor* die Rede ist, der im Ganzen blos *modica coërcitio* hatte, arg. L. 5. §. 1. D. de offic. ejus cui jurisdictio mand., die Worte *acriter exsequi* und *coërcere* nicht anders zu nehmen sind, um so mehr, da selbst die *coërcitio capitalis* und *publica exercitio* in L. 200. D. de V. S. so verstanden werden kann, arg. L. 17. §. 4 sq. D. de injur. L. un. C. de emendat. servor. L. un. C. de emend. propinqu. und der andern oben angeführten Stellen, wozu auch Arch. Bd. VIII u. IX. a. a. O. zu vergleichen ist. Endlich gehören noch hierher L. 9. D. de incend. L. ult. C. de sepulchro violato. L. 4. C. de servis fugit. Hier heißt es aestimatione competentis judicis *castigatio procedat*, wie in L. 17. §. 5. D. de injur. es heißt: arbitratu judicis utique quasi viri boni, ut ille *modum verberum* imponat. Vielleicht gehört hierher auch die oben schon angeführte L. 1. C. de his qui latrones.

62) Die oben schon angeführte L. 1. §. 1. D. de aleator. Vgl. L. 5. §. 16. D. de susp. tutor.

sehen, das ohnehin auch unter dem Worte *coërcere* zuweilen verstanden wird [63]); und sohin dürfte in denjenigen Fällen, in welchen nach unsrer Stelle Ulpians eine gesetzlich bestimmte Geldstrafe zu verwandeln ist, ohne daß für die Verwandlung im concreten Fall eine besondere gesetzliche Bestimmung aufzufinden wäre, die im Allgemeinen von Ulpian angegebne *extraordinaria coërcitio* für eine wenigstens alternativ zwischen Gefängniß und körperlicher Züchtigung gesetzlich bestimmte in Beziehung auf das römische Recht anzusehen seyn.

Wie wir schon oben bemerkt haben, daß durch die Sitte, anstatt der durch Gesetze oder das Edict bestimmten Geldstrafe — bei Unvermögen eine andre zu verhängen, nach und nach überhaupt die peinliche Bestrafung solcher Delicte aufgekommen zu seyn scheint, die ursprünglich nur zum *judicium privatum* gehörten; so sind auch durch die gleiche Sitte im *judicium publicum*, als überhaupt die dazu gehörigen Verbrechen nicht anders mehr als *extra ordinem* erkannt wurde, auch nach und nach die durch Gesetze oder Senatsschlüsse bestimmten Geldstrafen überhaupt in andre verwandelt und endlich die meisten *legitimae poenae* selbst auch *extraordinariae* geworden. Darauf gehen die Stellen [64]), worin es heißt *legis poena in usu esse desiit*, oder *hodie ex lege contra ordinem puniuntur*, und wenn in dem letzten Satze zwei Dinge zusammen-

ge-

63) L. 14. D. de offic. L. 2. D. de in jus voc. L. 2. §. 16. de origine juris, wo auch *coërcere* und *in caput animadvertere* sich entgegenstehn.

64) L. 7. D. de lege Fab. de plagiariis, L. 7. §. 5. D. de lege Julia repetundar., L. 6. D. ad leg. Jul. peculatus, L. 9. D. de extraord. criminib. —

gefügt sind, die sonst einen Gegensatz bilden, so hat dies für die Erklärung keine Schwierigkeit, weil hiermit blos dafür, daß ein bestimmtes Delict gestraft werde, das *jus legitimum*, dafür, wie es bestraft werde, das *extraordinarium jus* als Quelle bezeichnet wird. Wie aber nun die Ausdrücke *in usu esse desiit* und *extra ordinem* an sich schon den Einfluß des Gewohnheitsrechts auf die Bildung der angegebenen Art der Bestrafung hinreichend bezeichnen, so lassen die in den angeführten Stellen sonst noch vorkommenden Worte *puniri solent* oder *plerique puniti sunt*, oder *praesides exsequi solent* oder *ita multi damnaverunt* nicht den mindesten Zweifel darüber übrig, daß die Rechtsgelehrten selbst schon, aus deren Schriften diese Fragmente sind, die für bestimmte Verbrechen mit diesen Worten angegebenen Strafen als durch Gewohnheit festgesetzt angesehen haben. Es ist überdies noch zu bedenken, daß der Ursprung dieses Gewohnheitsrechtes nicht selten auf kaiserliche *Decreta* oder *Rescripta* bezogen wird, wie man etwa in England noch heut zu Tage von den richterlichen Aussprüchen und *precedens*, ja sogar von Parlamentsacten oder *Statutes* sagt, sie seyen *declaratory of common Law*, auch bei strafrechtlichen Gegenständen, bei denen man die Bestrafung gewisser Verbrechen als *offences at common Law* nicht von einem Gesetze herrührend oder durch Gesetz bestimmt betrachtet, ohne sie darum minder für gesetzlich, ohne sie für beruhend auf richterlicher Willkür zu halten [65]). Endlich ist nicht zu über-

65) Vgl. meine Abhandlung über das englische und schottische Strafrecht, in der Bibliothèque du Jurisconsulte et du Publiciste. Liège 1826. p. 229 sq. In Hinsicht

sehen, daß das Justinianische Gesetzbuch, in so fern es die genannten Fragmente der älteren Juristen in sich aufgenommen hat, die nach der Angabe derselben zu ihrer Zeit üblichen Strafen als gesetzliche bestimmt, und, insofern die Juristen für das nämliche Verbrechen mehrere Strafen alternativ angegeben haben, ihre Aussprüche zu einem nur relativ unbestimmten Strafgesetz erhoben hat[66]). Wenn es nun in den fraglichen Fragmenten heißt: *usque ad poenam capitis praesides hoc exsequi solent*, oder *capite plecti debent*, *ut plerique puniti sunt*, so wird wohl Niemand darin einen Beweis dafür finden wollen, daß bei absolut unbestimmtem Strafgesetz der Richter nach eignem Ermessen bis zur Todesstrafe einschlüssig erkennen könne, und zwischen allen von der Gesetzgebung überhaupt gebilligten Strafarten die Wahl habe! In derjenigen Stelle, welche hauptsächlich dies beweisen soll, ist überdies die Todesstrafe ausdrücklich an das Vorhandenseyn eines bestimmten Schärfungsgrundes geknüpft, der nach unsrer Meinung jedenfalls auch die gesetzlich absolut bestimmte Strafe zu schärfen, und nach allgemeinen gesetzlichen Gründen zuweilen bis zur Todesstrafe zu erhöhen erlaubt. Es liegt nämlich in derselben ein Fall der Concurrenz, in Beziehung auf welche ich bei einer andern Gelegenheit zeigen zu können hoffe, daß der

auf verschiedene Strafgrundsätze hieß es bei den Römern: Constitutionibus cavetur et hoc jure utimur L. 4. §. 7. D. peculatus, oder Post Divi Marci constitutionem hoc jure uti coepimus L. 8. C. ad leg. Jul. Majest.

66) Dies bemerkt auch sehr richtig Kleinschrod a. a. O. §. 134 gegen das Ende.

Feuerbach'sche Satz: es gebe keinen rechtlichen Grund zu Schärfung bei Anwendung eines einzelnen Gesetzes, und die damit durch eine Subtilität zusammenhängende Behauptung, im Falle einer Schärfung bei concurrirenden Verbrechen könne nur auf eine gesetzlich zur Anwendung kommende Strafe mit schärfendem Zusatz, nicht aber auf ein der Art nach verschiedenes schärferes Uebel erkannt werden, gemeinrechtlich falsch sey [67]). Dies läßt sich zum Theil aus eben der vorgenannten Pandektenstelle nach ihrer richtigen Erklärung zeigen [68]).

Ulpian redet hier von einem Verbrechen, das seinem Begriffe nach durch die *Lex Julia Repetundarum* bestimmt, das also in so fern *ex lege* strafbar, dessen gesetzliche Strafe jedoch durch Gewohnheit abgeändert war, von dem also in dieser Hinsicht gesagt wurde: *extra ordinem punitur*. Die für die gewöhnlichen Fälle aber durch Gewohnheit bestimmte Strafe war zu seiner Zeit die Verweisung, und wenn für einen Fall, in welchem unbezweifelt schon in früherer Zeit auch die Strafe der *Lex Cornelia de sicariis* begründet war, die Todesstrafe als anwendbar angegeben wird; so ist diese Strafe selbst gewissermaßen eine gesetzliche, d. h. wenn auch nicht die durch das letztgenannte Gesetz selbst festgesetzte, doch die statt derselben damals durch Gewohnheit für abscheuliche Thaten bestimmte [69]). Außerdem weist die fragliche Stelle nur noch auf eine schon

67) Vgl. Feuerbach's Lehrbuch §. 96 besonders Note *b*, und §. 152.

68) L. 7. §. 3. D. ad leg. Jul. repetund.

69) L. 16. D. ad legem Cornel. de sicariis.

zu Ulpians Zeiten eingetretene bedeutende Veränderung der ursprünglichen richterlichen Strafbefugniß hin. Wenn sonst aus einem bestimmten Gesetz, z. B. der Lex Julia Repetundarum, eine Anklage angestellt wurde, so konnte das Resultat dieses Processes keine andre als die durch dieses Gesetz bestimmte Strafe seyn, und wenn sich auch ergab, daß die angeschuldigte That unter Umständen begangen worden war, daß sie auch nach einem andern Gesetze, z. B. der Lex Cornelia de sicariis, strenger hätte bestraft werden können, so konnten die in dem *judicium publicum* urtheilenden *judices* auf diesen beschwerenden Umstand doch nicht Rücksicht nehmen, und keine andre als die Strafe aussprechen, welche durch das Gesetz bestimmt war, nach welchem der Ankläger eben die Anklage angestellt hatte. Anders aber war es seit dem Untergang des alten *Ordo judiciorum* geworden, seitdem über alle Verbrechen *extra ordinem* und über alle von demselben nun auch Richter geheißenen Beamten erkannt wurde; und nicht nur die fragliche, sondern auch noch eine andre Stelle der Pandekten[70]) beweisen deutlich, daß es von nun an in des Erkennenden Macht stand, den nach einer bestimmten *Lex* Ueberwiesenen, wenn sich im Laufe der Untersuchung ergab, daß er zugleich eines andern Verbrechens sich schuldig gemacht habe, oder überhaupt wegen beschwerender Umstände, mit einer härteren als der gesetzlichen Strafe zu belegen. Darauf gehen in der letzt angeführten Stelle die Worte *magis esse puniendos*, die Ulpian in Beziehung auf diejenigen ausspricht, welche, irgend eines Verbrechens überwiesen,

70) L. 6. pr. D. de poenis.

vorgäben, sie hätten etwas das Wohl des Kaisers Betreffendes zu entdecken, die daher nicht nur nicht der Strafe deshalb entgehen, sondern vielmehr härter bestraft werden sollten, indem sie dadurch selbst eines Delicts schuldig seyen, daß sie etwas so lange verschwiegen hätten, durch dessen Entdeckung sie nun Aufschub der Strafe zu erlangen hofften. Das Gesagte bestätigt eine andre Stelle Ulpians: In accusatorem absentem non nonquam *gravius* statuendum, quam *Turpilliani SCti poena* irrogatur, dicendum est [71]). Die Strafe des Turpillianischen Senatsschlusses gegen die *desertores accusationis* ist aber gewissermaßen als eine *legitima poena* [72]) anzusehen, obschon durch den Aus-

71) L. 5. §. 1. D. de poenis.

72) Wenigstens wird die Strafe der *Calumniatores* eine *legitima poena* genannt L. 1. §. 5. D. ad SCtum Turpill. nicht sowohl in Beziehung auf die §. 2. genannte Lex Remnia, als vielmehr in Beziehung auf das SCtum Turpillianum, das sich auf drei verschiedene *causae* bezog und drei verschiedene *poenae* festsetzte, arg. L. 1. pr. §. 1. und L. 15. §. 1. D. h. t. Die Strafe der *desertores* war eine *poena pecuniaria* nach L. 3. §. 5. D. de praevaricat., wahrscheinlich aber auch dabei die *infamia*, wie diese mit jener vereinigt auch in andern Fällen durch Senatsschlüsse festgesetzt war, z. B. L. 1. §. 1. D. de leg. Jul. ambitus. Dafür sprechen L. 2. C. ad SC. Turpill. und L. 1. C. ut intra certum tempus, in welcher unter *consultissima lex* sogar der Turpillianische Senatsschluß selbst verstanden werden zu müssen scheint. Dieser Senatsschluß strafte außer *calumniatores* und *desertores* auch die *praevaricatores*, allein statt der gesetzlichen Strafe dieser dritten *causa SCti* war schon zu Paulus und Ulpians Zeit eine *poena extraordinaria* eingeführt, L. 2. D. de praevaric. Damit soll nach Feuerbach's Ansicht, Lehrbuch §. 428. die *poena talionis* gemeint seyn. Davon steht aber in L. 6. D. de praevar. keine Sylbe, und diese Stelle ist im Zusammenhang mit L. 1. §. 1. D. h. t. zu erklären. Daraus ergiebt sich dann, daß ursprünglich durch Gesetz, d. h. durch den mehrge-

trag auf diese Strafe kein *judicium publicum* begründet wird; und gleichwohl hatten schon zu Ulpians und Pauli Zeiten, in welchen das *extra ordinem cognoscere* in oben entwickelter Bedeutung schon zur Regel geworden war, die auf diese Weise Erkennenden das Recht, zuweilen statt der gesetzlichen eine schwerere Strafe wegen erschwerender Umstände zu verhängen, vielleicht z. B. in dem Falle: *si accusator, quod contumacius est, ultima die adesse neglexerit;* in welchem auch spätere kaiserliche Constitutionen eine härtere Strafe mit den Worten aussprechen: *aculeos consultissimae legis incurrat* [75]). Dies heißt in einfache Worte übersetzt eben mehr nicht, als: die gesetzliche Strafe soll geschärft werden, und die auf solche Art geschärfte Strafe war, ihrer spätern Festsetzung durch kaiserliche Constitutionen ungeachtet, im Gegensatze zu der

---

nannten Senatsschluß nur gegen denjenigen die Strafe festgesetzt war, *qui judicio publico praevaricatus fuerit.* Kaiserliche Rescripte aber haben die gesetzliche Strafe später auch auf diejenigen ausgedehnt, *qui in crimine extraordinario praevaricati fuerint*, sie sollten eben so gestraft werden, als wenn sie in einem *judicio publico, h. e. in accusatione lege judiciarum publicorum introducta* das Verbrechen begangen hätten, das in einem *abscondere vera crimina* oder *diversam partem prodita causa sua adjuvare* bestand. Dies ist der einfache Sinn der Worte: *ea poena adficientur, qua tenerentur si ipsi in legem commisissent qua reus per praevaricationem absolutus est.* Von *talio* ist hier nicht die Rede. Vielmehr scheint die Strafe einer *multae* damit gemeint zu seyn, arg. L. 1. C. ut intra cert. temp. crim. qu. L. 2. C. ad SC. Turpill. Vgl. oben Note 52. 55. 56. 57. 52. Damit stimmt dann auch die Praxis zusammen. Vgl. Feuerbach a. a. O. Von der *talio* ist auch bei Tacitus, Annal. XIV, 42. nicht die Rede.

75) L. 1. C. ut intra cert. temp. crim. qu. Vgl. *aculei severitatis judicium* bei Cicero pro Coelio 12. pro Cluentio 55.

für gewöhnliche Fälle bleibenden gesetzlichen, auch nach römischer Terminologie, wie oben nachgewiesen worden ist, eine *extraordinaria poena*, weil sie weder auf einer *Lex* noch auf einem *SCtum* beruhte. Nicht damit zu verwechseln ist der neuere Begriff von außerordentlicher Strafe, als der, anstatt der gesetzlichen für die gewöhnlichen Fälle eines Verbrechens festgesetzten ordentlichen Strafe eines bestimmten Verbrechens, wegen erschwerender oder mildernder Umstände gewöhnlich nach allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu bestimmenden gelindern oder schärfern[74]). Die gemilderte oder geschärfte Strafe, von der man mit Feuerbach[75]) sagen kann, sie sey keine *poena arbitraria*, sondern eine *poena extraordinaria*, obschon man nicht leicht mit dem Sinne einverstanden seyn kann, mit dem der Satz ausgesprochen ist, und es als durchaus falsch ansehen muß, daß unter letzterer eine solche zu verstehen sey, die außer und wider die gesetzliche Ordnung zugefügt wird —, die gemilderte oder geschärfte Strafe war, in so fern Milderung und Schärfung der für ein bestimmtes Verbrechen einmal durch ein Gesetz bestimmten Strafe bei der ursprünglichen Einrichtung der *judicia publica* gar nicht Statt fand;

74) Martin, Lehrbuch §. 95, stimmt im Allgemeinen mit dieser Begriffsbestimmung überein, und erklärt, Note g. mit Recht die sogenannte *poena extraordinaria ex indiciis* für gemeinrechtlich unstatthaft. Gewiß aber ist die Lehre von außerordentlicher Strafe wegen mangelnden Thatbestandes eben so unstatthaft, wie schon Mittermaier, Archiv Bd. III. S. 394 u. f. gezeigt hat, wogegen die Feuerbach'sche Bemerkung, Lehrbuch §. 97. Note *b*, von geringem Gewicht ist.

75) Revision Th. I. S. 221 u. f. Vgl. Hepp Versuche S. 229.

sondern erst nach Untergang dieser Einrichtung in den Criminalrechten üblich wurde, freilich auch bei den Römern eine *poena extraordinaria*. Sie war es aber in einem andern Sinne, als in dem, welchen man in neueren Zeiten mit diesem Worte verbindet, und ist es im römischen Sinne nicht mehr, sofern man die ganze Justinianische Sammlung als ein Gesetzbuch betrachten muß, und Milderungs- und Schärfungsgründe nur in so fern gelten lassen darf, als sie auf einer allgemeinen oder besondern Bestimmung derselben sich gründen. Auch die gemilderte und geschärfte Strafe ist in so fern eine *poena legitima* geworden, obgleich sie in Beziehung auf die allmählige Begründung der Milderungs- und Schärfungsursachen unter der Benennung *extraordinaria poena* auch noch in diesem Gesetzbuche vorkommt, und zum Theil durch diese römische Benennung veranlaßt außerordentliche Strafe noch heut zu Tage genannt wird im Gegensatze der ordentlichen für die gewöhnlichen Fälle eines bestimmten Verbrechens gesetzlich vorgeschriebenen. Die außerordentliche Strafe in diesem Sinne ist aber durchaus nicht eine außer und wider die gesetzliche Ordnung zuzufügende, sondern nur eine außer der Vorschrift eines besondern ein bestimmtes Verbrechen verpönenden Gesetzes, oder selbst einer für die gewöhnlichen Fälle eines bestimmten Verbrechens begründeten Gewohnheit [76]), durch eine

76) Schon vor der Carolina war z. B. das Rad die ordentliche Strafe der Mörder, obschon man kein Gesetz nachweisen konnte, wodurch dieselbe festgesetzt worden wäre, und noch Salwechter in seinem Criminaltraktat Tit. III. Kap. 72. sagt, diese Strafe sey die für die gewöhnlichen Fälle des Mordes durch gemeyne Costuyme festgesetzte. Aehnlich hieß es in

andre geſetzliche Beſtimmung gleichſam ausnahmsweiſe gerechtfertigte, ſey es, daß dieſe andre Beſtimmung auf einem Geſetze im engern Sinn oder auch auf einer rechtlichen Gewohnheit beruhe, daß ſie eine nur bei einzelnen Verbrechen anwendbare, oder allgemein auf alle Verbrechen ſich beziehende ſey[77]). Bei den Römern, bei denen, wie bereits geſagt, die Berückſichtigung von Schärfungs- und Milderungsgründen bei der frühern Einrichtung der *judicia publica* ungewöhnlich war, iſt dieſelbe als zur Aenderung der durch die alten *leges* feſtgeſetzten Strafe ermächtigend, eben ſo wie die Verwandlung der geſetzlichen Strafe wegen Armuth nach und nach durch das *extra ordinem cognoſcere* aufgekommen[78]),

---

Frankreich noch bis zur Revolution: les peines *ordinaires* ſont celles qui ſont *déterminées par la loi ou par l'uſage* pour les crimes qu'il l'agit de punir, les peines *extraordinaires* ſont d'autres peines moindres, qui l'infligent pour les mêmes crimes par des raiſons de tempérament, tirées des circonſtances particulières qui rendent ces crimes plus excuſables. Jouſſe traité de la juſtice criminelle en France. Paris 1771. Vol. I. p. 58.

77) Damit ſtimmt im Ganzen Martin §. 95. vgl. mit §. 52 u. f. überein, indem er die Eintheilung der Strafen in ordentliche und außerordentliche (härtere oder gelindere) nur als Unterabtheilung der geſetzlich beſtimmt vorgeſchriebnen Strafen annimmt, und §. 52 u. f. in Beziehung auf dieſe von Regel und Ausnahmsfällen ſpricht. Auch bemerkt er §. 55. ſehr richtig, daß jede der angegebnen Unterarten richterlicher Strafänderung ſich durch Vorſchrift eines Geſetzes rechtfertigen müſſe. Was er aber weiter von der Natur der Strafgeſetzgebung überhaupt beifügt, dem kann ich nicht beiſtimmen.

78) Noch Andres iſt dadurch bewirkt, und manches früher Geltende iſt auch dadurch zweifelhaft geworden. So z. B. waren früher durch das SCtum Turpillianum gegen die calumniantes, deſiſtentes *judicio publico* verſchiedene

deſſen wahre Bedeutung wir oben erklärt haben. Darauf bezieht ſich eine Stelle Ulpian's, die Feuerbach als die zweite Stütze der von uns in dieſer Abhandlung zu beſtreitenden Anſicht angeführt hat, und wir glauben, auch dieſe Stelle blos ihrem ganzen Umfange nach noch anführen zu dürfen, um in Verbindung mit den vorausgehenden Erörterungen durch dieſe Anführung ſelbſt jener Anſicht die Hauptſtütze zu entziehen. Wie nämlich Ulpian in einer oben ſchon erklärten Stelle [79]) berichtet, daß zu ſeiner Zeit diejenigen, *qui extra ordinem cognoſcunt*, ſtatt der durch die *Leges judiciorum publicorum* feſtgeſetzten Geldſtrafe, im Falle der Zahlungsunfähigkeit eine *coërcitio extraordinaria* verhängen könnten, ſo ſagt er in einer andern Stelle:

> Hodie licet ei, *qui extra ordinem de crimine cognoſcit*, quam vult ſententiam ferre, *vel graviorem vel leviorem*, ita tamen, ut in utroque modo rationem non excedat [80]).

Hier iſt durchaus nicht von einem abſolut unbeſtimmten Strafgeſetze und einer blos nach richterlichem Ermeſſen zu beſtimmenden Strafe die Rede, obſchon auch in deutſchen der Carolina kurz vorhergehenden und nachfolgenden Schriften über Strafrecht die angeführte

---

Strafen feſtgeſetzt, und es wurde ſpäter zweifelhaft, ob ſie anwendbar ſeyen gegen diejenigen, die ſich dergleichen zu Schulden kommen ließen bei einer *cognitio de judicio publico extraordinaria* (was weder mit *crimen privatum* noch mit *crimen extraordinarium* verwechſelt werden darf). Kaiſerliche Conſtitutiones aber haben zu Hebung dieſes Zweifels geführt. (Sed jam huc jure ex ſacris Conſtitutionibus utimur etc.) L. 15. §. 1. D. ad SC. Turpill. vgl. mit L. 5. §. 3. D. de praevaric.

79) L. 2. §. 5. D. de poenis.

80) L. 13. D. de poenis.

Stelle so verstanden wurde [81]), sondern es sagt diese Stelle, in welcher die Worte *qui extra ordinem de crimine cognoscit* denselben Sinn haben, als in den vorher angeführten die Worte: *in legibus publicorum judiciorum vel privatorum criminum qui extra ordinem cognoscunt*, weiter nichts, als daß heut zu Tage der Criminalrichter die ihm früher nicht gegebne Befugniß habe, bei der Bestimmung der Strafe auf beschwerende und mildernde Umstände Rücksicht zu nehmen [82]). Es heißt darin nicht ganz unbedingt: *licet judici quam vult ferre sententiam*, wie Feuerbach zur Bekräftigung seiner Ansicht anführt, sondern es heißt: *licet quam vult ferre sententiam vel graviorem vel leviorem*, d. h. er hat die Wahl zwischen einer schwerern und leichtern Strafe, und die dem Satze nachfolgenden Worte: *ita tamen, ut in utroque modo rationem non excedat*, binden ihn in beider Hinsicht an ein bestimmtes Maaß, oder vielmehr bei der Wahl zwischen der schwerern und geringern Strafe an

---

81) Z. B. Salwechter Tit. II. Rav. 7, wo davon, wenn auf ein Verbrechen keine ausdrückliche Strafe gesetzt ist, gehandelt und dafür L. 13. C. citirt wird. Eine wahrscheinlich aus Salwechter genommene Stelle des Statutenbuchs ist fast mit denselben Worten abgefaßt.

82) Ganz richtig sagte schon D. Gothofredus zu den angeführten Worten der L. 13. C.: id est *omnibus* quaestoribus et judicibus, und bemerkte zur Erläuterung des eine Abänderung des frühern Rechts andeutenden Wortes *hodie* ebenfalls ganz richtig: olim quaestor potestatem non habebat *augendae* vel *minuendae* poenae *legitimae*. Was darauf folgt, ist aber freilich ein Irrthum, der ehedem allgemein war, und schon bei Durantis vorkommt. Vgl. Falk Encyklopädie 3te Ausg. §. 129. Note 30. So ganz falsch war inzwischen die alte Ansicht nicht, und das wahrhaft Irrthümliche derselben hat Feuerbach nicht nachgewiesen.

das, was die Römer sonst oft *juris ratio* [83]) nannten d. h. an einen bestimmten Rechtsgrund, der aber auch ein positiver auf Gesetz oder Gewohnheit beruhender seyn und sich eben so wohl auf die Gründe der Abweichung von der gesetzlichen Strafe, als auf das Maaß der anstatt derselben zu verhängenden außerordentlichen beziehen kann. Mit Bestimmtheit läßt sich wenigstens versichern, daß damit nicht die Feuerbachschen Gründe der relativen Strafgerechtigkeit gemeint seyen, und daß die fragliche Stelle eine *potestas moderandi poenas* nicht blos *in extraordinariis criminibus*, sondern auch *in judiciis publicis* ausspreche, ungeachtet der Worte *qui extra ordinem cognoscunt*, hat mit Recht unter andern auch A. Matthäi behauptet [84]). Daß aber mit dem Rechte *extra ordinem cognoscendi* zu Ulpian's Zeiten nicht eben nothwendig das Recht *extra ordinem puniendi* gegeben war, ist auch von ihm nicht gehörig beachtet worden, und daß er, wie zum Theil auch D. Gothofredus und selbst Cujacius die fragliche Stelle so versteht, als hieße es in derselben: heut zu Tage sind alle Strafen willkürlich [85]),

---

83) Vgl. z. B. *juris ratio* im Gegensatze von *aequitatis benignitas*, und *ratio juris* im Gegensatze von *verba Constitutionis* in L. 25. D. de legib. L. 55. D. de poenis. Daß *ratio* in L. 15. D. de re militari so viel als *causſa excusſationis* bedeute, behauptet Briſſonius l. h. v.

84) Mit Beziehung auf L. 8. D. de publ. jud. in dem Werke de criminib. Lib. XLVIII. tit. 18. cap. 11. n. 6.

85) Gothofredus sagt nach den in Note 82. angeführten Worten: hodie veterum judiciorum ordine ſublato poenae arbitrio cognitoris extra ordinem infliguntur, und Cujacius in der Note 55. citirten Stelle gerade dazu: hodie omnis poena eſt extraordinaria vel arbitraria, wie viele Aeltere.

ist ein eben so grober Irrthum, als wenn mit Feuerbach viele Neuere, z. B. auch Henke [86]), aus derselben den Satz ableiten, bei einem absolut unbestimmten Strafgesetze sey die Strafe willkürlich. Eher noch ließe sich aus Ulpian's Worten bei ihrer Allgemeinheit die erste Meinung rechtfertigen, der auch gewissermaßen wieder Wächter nähergetreten ist, indem er in einer schon oben angeführten Stelle [87]) behauptet, zur *poena arbitraria* gehöre meistens auch die *poena extraordinaria*, d. h. die z. B. wegen mildernder Umstände in Abweichung von der gesetzlichen Strafe eines bestimmten Verbrechens zu verhängende. Es wird aber selbst dieser Satz weniger wahr erscheinen, wenn man annimmt, daß auch die außerordentliche Strafe im letzt angegebenen Sinne oft eine wenigstens durch Gewohnheit bestimmte seyn kann. So hat z. B. die neueste Praxis in Würtemberg, wo das gemeine Recht noch von so großer Bedeutung ist, gesetzlich und usuell bestimmte Strafen anerkannt [88]), und in Frankreich, wo das Strafrecht vor der Revolution großentheils auf denselben Quellen

86) Criminalistische Versuche, Berlin 1807. S. 104, wo der Verfasser keine andern als die Argumente Feuerbach's beibringt und sich auf dessen Revision, so wie auf Matthaei de Crim. prolegg. cap. 4. nr. 11. beruft. Wollte man aber Matthäi's Schlußfolge gelten lassen, so müßte man nach dem aus dessen Werke oben Note 84. Angeführten viel weiter gehen. Auch scheint Henke selbst seine frühere Meinung etwas gemäßigt zu haben, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik Th. I. Berlin 1823. §. 88.

87) Vgl. Note 8.

88) Erlaß des Obertribunals v. 26. April 1828, angeführt in Wächter's Strafarten und Strafanstalten des Königreichs Würtemberg, Tübingen 1830. S. 158. Vgl. oben Note 76.

wie das gemeine deutsche beruhte, hat man ehedem n
ben den willkürlichen Strafen sowohl als den durch
gentliche Gesetze bestimmten, mit diesen aber zu eine
Klasse gehörig, die *peines légales fondées sur l'usag
des tribunaux* angegeben, und sie als bestimmt durch
das *droit commun* angesehen[89]), eben so wie man i
England die auf *Common Law* beruhenden für gesetz
lich bestimmte hält[90]).

---

89) Jouffe l. l. Vol. II. pag. 598 sq. §. 7. 8. Il y a
des crimes en France, pour lesquels il n'y a point
des *peines précises* établier par les *Loix*, mais qui
néanmoins se puniſſent de certaines *peines fixes* sui-
vant le *droit commun du Royaume*. Dies ist das *jus
extraordinarium* der Römer im Gegensatze von *jus le-
gitimum*. Vgl. oben Note 76.

90) Auch das ältere französische Recht unterschied genau
zwischen *amende coutumiere* und *amende arbitraire*, und
ältere französische Schriftsteller stellen diesen Unterschied
als gleichbedeutend mit dem zwischen *poena* und *multa*
im römischen Rechte dar, so wie auch in einem der älte
sten und merkwürdigsten französischen Stadtrechte die Worte
punir und *muleter* mit technischer Unterscheidung vorzu
kommen scheinen. Vgl. Delaurière glossaire du
droit françois l. v. emende coutumiere, und die Cou-
tume de Limoges art. 23. in der Sammlung von
Bourdot de Richebourg Vol. IV. pag. 1151.
Auf ähnliche Weise heißt es in dem Stadtrecht von Cleve,
das älter ist als die Carolina: „so wat an hoff off an lyt
geyt, dat heytet pyne, ind dat an penningen geet, dat
heytet ein Webde off des gelifs" cap. 125. Daraus
erklärt sich übrigens auch, warum noch zu Karls V. Zeit
allgemein auch eine von Amts wegen auferlegte Geld-
buße, sie mochte noch so bedeutend seyn, zu den pein-
lichen Strafen nicht gerechnet wurde. Merkwürdig end-
lich ist es noch, und für die praktische Fortdauer der in
L. 151 und 244. D. de V. S. enthaltenen Sätze auch im
Orient beweisend, daß beide Stellen noch in dem Appen-
dix zu Harmenopulus Tit. III., in dem Supple-
mentum Thesauri Meermaniani pag. 566. 567.
fast wörtlich vorkommen, wie auch die dazu gehörigen
Scholien sehr lehrreich sind.

Wir haben aber nun noch darauf aufmerkſam zu machen, daß die mehrgenannte Pandektenſtelle an ſich auf doppelte Weiſe interpretirt werden kann, und dies für einen andern vielbeſtrittenen Satz des gemeinen Rechts von Bedeutung iſt. Wenn nämlich in unſrer Stelle dem Criminalrichter überhaupt die Wahl gegeben iſt zwiſchen einer ſchwerern und gelindern Strafe im Gegenſatze gegen das ältere Recht, das den Richter ſtreng an die ein für alle Mal geſetzlich feſtgeſetzte Strafe band, ſo entſteht die Frage, ob darin unter der *poena gravior* nicht eben die geſetzliche zu verſtehen und mit der *poena levior* dann die aus irgend einem geſetzlich gebilligten Milderungsgrunde von ihr abweichende gemeint, oder ob die Sache ſo zu nehmen ſey, daß das Wort *gravior* ſowohl als das Wort *levior* eine Vergleichung mit der für die gewöhnlichen Fälle eines beſtimmten Verbrechens geſetzlich beſtimmten Strafe enthalte und folglich die ganze Stelle nicht nur allein den Richter zur Abweichung von der geſetzlichen Strafe aus Milderungs-, ſondern auch aus Schärfungsgründen ſowohl in *mitiorem* als *in duriorem partem* ermächtige?

Wenn wir von dem Grundſatze ausgehen: Interpretatione *legum* poenae *molliendae* ſunt potius quam *asperandae* [91]), wenn wir ferner den Grundſatz: perſpiciendum eſt, nequid aut *durius* aut *remiſſius* conſtituatur quam *cauſa* depoſcit, dem Richter ſowohl in Beziehung auf *poena legitima* [92]) als

91) L. 42. D. de poenis. L. 155. §. 2. D. de R. J.
92) L. 11. D. de poenis.

in Beziehung auf *poena extraordinaria* [93]) vorgeschrie-
ben sehen, und in erster Hinsicht der Grundsatz in Ver-
bindung gebracht ist mit der richterlichen Wahl zwischen
der *severitas legum* und einem *temperamentum beni-
gnitatis*, in zweiter Hinsicht aber mit der richterlichen
Wahl zwischen einem wenn gleich nicht durch ein Gesetz
aber doch sonst festgesetzten *Maximum* und *Minimum*,
so daß in erster Hinsicht unter dem verbotenen *durius
constituere* eben die Anwendung der durch ein Gesetz
einem gewissen Verbrechen gedrohten Strafe da, wo
vorhandene Milderungsgründe eine geringere erfordert
hätten, unter *remissius constituere* dagegen die Anwen-
dung einer geringern Strafe da, wo wegen nicht vor-
handener Milderungsgründe die gesetzliche hätte eintreten
sollen, verstanden werden kann; wenn wir dies Alles
erwägen, so müssen wir auch bei der Interpretation
unsrer fraglichen Stelle [94]) mehr geneigt seyn, die darin
dem Richter gegebene Wahl zwischen einer schwerern
und leichtern Strafe auf dieselbe Weise zu verstehen,
und in Verbindung damit den Satz: ita tamen, ut
in utroque modo rationem non excedat, für gleich-
bedeutend mit dem: nequid durius aut remissius
constituatur quam causa deposcit, zu halten. Dem-
nach wäre durch die vielbesprochne Stelle dem Richter
blos die Gewalt eingeräumt von der gesetzlichen Strafe
wegen vorhandener Milderungsgründe, nicht aber
eben so wegen beschwerender Umstände abzuwei-
chen. Aus dem Uebergange dieser Ansicht in die Pra-
xis läßt sich auch erklären, warum nur in Frankreich,

wo

93) L. 4. §. 1. D. de incend. L. 1. §. 2. D. ad leg. Jul. de vi privata.
94) L. 15. D. de poenis.

wo man bis zur neuern Gesetzgebung unter der ordentlichen Strafe die durch Gesetz oder Gewohnheit für ein gewisses Verbrechen als Regel festgesetzte verstand, als außerordentliche nur die geringere Strafe desselben Verbrechens angab, die aus Milderungs- und Billigkeitsgründen (raisons de tempérament ou d'équité), wie sie aus den besondern das Verbrechen entschuldigenden Umständen (des circonstances particulières qui rendent le crime plus excusables) sich ergäben, verhängt würde [95]). Einen ähnlichen Ursprung hat wohl die Lehre einiger deutschen Criminalisten [96]), welche nur die gemilderte Strafe eines bestimmten Gesetzes zu den außerordentlichen, die geschärfte Strafe aber zu den ordentlichen rechneten, und noch das neueste französische Recht enthält Spuren der eben genannten Ansicht älterer französischer Criminalisten, in dem sowohl, was die kaiserliche Gesetzgebung über die *causes d'excuses*, als in dem, was das neueste französische Strafgesetz über die *circonstances atténuantes* festgesetzt hat [97]).

---

95) Vgl. oben Note 76 u. 89.

96) Z. B. des von Martin, Lehrbuch §. 93. Note 6. citirten Stübel Grundsätze zu Vorlesungen über den allgemeinen Theil des Criminalrechts. Wittenberg 1804. §. 110. not. *a*.

97) Vgl. Code pénal art. 65. 463. Code d'instruction crim. art. 339. mit dem neuen Gesetz vom 28. April 1832. Art. 5. 8. 94. Das alte System, welches man in Frankreich erst jetzt abänderte, nachdem in dem Königreiche der Niederlande es schon lange abgeändert worden war, war freilich sehr fehlerhaft, allein auch das neue System ist weder sehr consequent, noch sehr empfehlenswerth. Vgl. Chauveau, le Code pénal progressif, commentaire sur la loi modificative du Code pénal. Paris 1832, besonders pag. 8. 16. 32. 38 340.

Inzwischen müssen wir doch noch bemerken, daß die eben von der L. 13. D. de poen. in ihrem Verhältnisse zu L. 11. D. eod. tit. gegebene Interpretation noch einige Bedenklichkeiten hat, und wenn wir uns auf den Standpunkt versetzen, von dem aus Ulpian die in jenem Fragment enthaltenen Worte ausgesprochen hat, so sind wir eher geneigt anzunehmen, er habe wirklich von einer zu seiner Zeit gegen das frühere Recht den Richtern zustehenden Befugniß, die durch Gesetz oder auch durch Gewohnheit für bestimmte Verbrechen als Regel festgesetzte Strafe nach Umständen zu schärfen und zu mildern, reden wollen. Auf diese Weise wird es wenigstens erklärlicher, wie schon zu Ulpian's Zeiten die meisten der durch die alten Volksgesetze festgesetzten Strafen bestimmten Verbrechen, besonders wenn sie unter erschwerenden Umständen begangen wurden, oft selbst bis zur Todesstrafe erhöht erscheinen. Aber nirgends erscheint auch in solchen Fällen die erhöhte gesetzliche Strafe als Ausfluß einer richterlichen Willkür, sondern sie erscheint vielmehr als Folge rechtlicher Gewohnheit, wie wir dies schon oben in Beziehung auf die für die gegentheilige Lehre gewöhnlich citirte L. 7. §. 3. D. ad leg. Jul. repetund. nachgewiesen haben, und wie sich dieselbe aus der zuweilen ebenfalls für die entgegengesetzte Ansicht angeführten L. 1. pr. D. de abigeis[98]) auch in Beziehung auf solche Ver-

98) Vgl. z. B. Voet ad Pand. Lib. XLVIII. tit. 19. nr. 3. Dieser Schriftsteller ist übrigens auch der Meinung, daß *crimina extraordinaria* solche Verbrechen seyen, deren Strafe richterlicher Willkür überlassen sey, und daß von solchen L. 13. D. de poenis rede. In derselben ist ferner seiner Meinung nach dem Richter für solche Fälle zwar das Recht, Todesstrafe zu verhängen, ein-

brechen nachweisen läßt, deren Strafe zu keiner Zeit eine durch ein Volksgesetz bestimmte war. Es heißt in letzter Stelle: *abigei cum duriſſime puniuntur, ad gladium damnari ſolent;* allein ausdrücklich ist dabei bemerkt, daß diese höhere Strafe nur unter Umständen Statt finde, die auch anderswo als Schärfungsgründe, selbst gesetzlicher Strafen, vorkommen[99]), und da obige Worte als die eines kaiserlichen Rescripts angeführt werden, so ergiebt sich daraus recht augenscheinlich, daß dies Rescript eine Verfügung von der Art derjenigen war, welche die Engländer *declaratory of common law* nennen, d. h. ein Ausspruch über das Vorhandenseyn einer Gewohnheit, die hier, ungeachtet des Vorhandenseyns eines erschwerenden Umstandes, eben so wie anderwärts das Gesetz, für den Rechtsgrund der bestimmten Straferhöhung angegeben wird.

Uebrigens ist damit, wenn wir auch annehmen, die mehrbesprochnen Worte Ulpian's hätten den Sinn, heut zu Tage ist es dem Criminalrichter gestattet, wegen erschwerender und mildernder Umstände von der gesetzlichen Strafe abzuweichen, keineswegs die Frage entschieden, ob der Richter als Schärfungs- und Milderungsgründe nur solche gelten lassen dürfe, die insbesondere gesetzlich gebilligt sind, oder ob er im Allgemeinen hierin seinem Ermessen folgen könne? ob es gemeinrechtlich allgemeine Schärfungsgründe für alle Verbrechen, oder nur besondere bei einzelnen Verbrechen

---

gerathen, allein er darf die Schwerestrafe nicht übersteigen. Vgl. Comm. ad Pand. Lib. XLVIII. tit. 11. nr. 1 ſq.

99) Vgl. L. 16. §. 10. D. de poenis. C. C. C. art. 151.

gabe? Auch gehört die Beantwortung dieser Frage nicht zu unsrer gegenwärtigen Aufgabe. Bemerken aber wollen wir nur, daß der Feuerbach'sche Satz: es giebt keinen rechtlichen Grund zu einer Schärfung der Strafe bei Anwendung eines einzelnen Gesetzes, weil der Zusatz, der bei der Strafschärfung zu der gesetzlichen Summe von Uebeln hinzukommt, nicht in der Drohung des Gesetzes enthalten ist [100]), gewissermaßen eine petitio principii, und eigentlich auch hinsichtlich der Milderungsgründe dasselbe zu sagen ist. Wenn z. B. ein Gesetz ein bestimmtes Verbrechen mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht, so ist die Erhöhung der Strafe einer unter den gesetzlichen Begriff dieses Verbrechens fallenden Handlung wegen erschwerender Umstände, eben so wenig als die Minderung der Strafe einer solchen Handlung wegen mildernder Umstände, in der Verfügung dieses Gesetzes enthalten, und eine Handlung, die nicht alle Merkmale des gesetzlichen Begriffes hat, auch nicht nach diesem Gesetze zu strafen, woraus sich das Unstatthafte des sogenannten Milderungsgrundes vermöge der Natur des Strafgesetzes wegen Mangels an Thatbestand von selbst ergiebt. Eine andre Frage aber ist es, ob nicht ein anderer Rechtsgrund, d. h. ein andres Gesetz oder auch eine wohlbegründete Gewohnheit eine Abweichung von der, als Regel für ein bestimmtes Verbrechen festgesetzten Strafe, und wegen erschwerender und mildernder Umstände die Anwendung einer Ausnahmestrafe gestattet? Eine solche Frage jedoch läßt sich nicht aus der sogenannten Natur der Sache beantworten, und

100) Lehrbuch §. 96.

auch die Minderung der geſetzlichen Strafe beſtimmter Verbrechen aus Milderungsgründen iſt in keiner Geſetzgebung anders als kraft einer geſetzlichen Beſtimmung zuläſſig, ſey es, daß dieſelbe ein die richterliche Willkür ſo beſchränkendes Syſtem ſanctionire wie die ſeithetige franzöſiſche Geſetzgebung, nach welcher kein Verbrechen entſchuldigt, keine Strafe gemildert werden durfte, außer im Falle des Vorhandenſeyns einer der wenigen vom Geſetz ausdrücklich genannten Milderungsgründe[101]); ſey es, daß dieſelbe, wie das neueſte franzöſiſche Strafgeſetz, die geſetzliche Strafe eines jeden Verbrechens in allen Fällen herabzuſetzen befehle, in welchen die Geſchwornen nach ihrer völlig unbeſchränkten Willkür ſelbſt ohne weitere individuelle Angabe eines beſtimmten Milderungsgrundes das Vorhandenſeyn mildernder Umſtände ausgeſprochen haben![102]) Welche Folgen dies neue Syſtem haben werde, iſt nicht zu berechnen, dies aber möchte wohl in Deutſchland Niemand in Abrede ſtellen, daß es zwiſchen dieſem und dem alten Syſtem eine vernünftige Mitte gebe, deren Feſtſetzung einem andern Orte vorbehalten bleiben muß. Eben ſo liegt die poſitive Entwickelung des deutſchen gemeinrechtlichen Syſtems außer dem Kreiſe unſrer

101) Code pénal art. 65. Code d'inſtr. crim. art. 339.

102) Loi du 28. Avril 1832. art. 94. Dieſer Artikel iſt dem art. 463. des Code pénal ſubſtituirt worden. Nebſt der Wirkung der von der Beurtheilung der Geſchwornen abhängigen *circonſtances atténuantes* bleibt aber noch immer der Einfluß der vom Geſetz ausgeſprochnen Milderungsgründe oder *cauſes d'excuſe légales*, und obgleich in dem *Expoſé du Garde des Sceaux* bei der Diskuſſion des neuen Geſetzes dieſe als nicht zu verwechſeln mit jener angegeben werden, ſo nannte man doch auch dieſe *circonſtances atténuantes définies par la loi*. Vgl. Chauveau a. a. O. in Note 97.

Untersuchung, und was die Erhöhung der gesetzlichen Strafe wegen beschwerender Umstände nach gemeinem Rechte angeht, so können wir uns wenigstens nicht von der Wahrheit des Systems überzeugen, nach welchem z. B. wenn die gesetzliche Strafe einer bestimmten Verbrechens lebenslängliche Zuchthausstrafe ist, dieselbe, was auch immer für beschwerende Umstände eintreten mögen, selbst nicht im Falle der Concurrenz mit andern Verbrechen [103]) bis zur Todesstrafe soll erhöht werden dürfen, während bei einem absolut unbestimmten Strafgesetze der Richter nach Beschaffenheit der Umstände bis zu dieser Strafe zu schreiten ermächtigt seyn soll.

Daß die letztgenannte Befugniß weder in L. 7. §. 3. D. ad leg. Jul. repet., noch in L. 13. D. de poenis gegründet sey, glaube ich hinreichend bewiesen zu haben. Von der letzten Stelle habe ich schon früher eine von der gewöhnlichen abweichende Erklärung gegeben [104]), auf die aber bisher meines Wissens von den Criminalisten nicht Rücksicht genommen worden ist, und obgleich ich die hier gegebene nun vorzuziehen mich bewogen fühle, so ziehe ich doch jene noch immer der gewöhnlichen vor. Wenn übrigens die Erörterung sol-

---

103) Nach dem im Feuerbach'schen Lehrbuch §. 130 ausgesprochnem Grundsatze. Das französische Recht geht freilich im Art. 365 des Code d'instr. crim. noch weiter, erlaubt aber dagegen Veränderung der lebenslänglichen Zwangsarbeitsstrafe in Todesstrafe bei Rückfall im art. 56 des Code pénal.

104) Archiv Bd. VIII. S. 679. Manches daselbst und in den folgenden Seiten Gesagte ist jedoch zum Theil nach dem in gegenwärtiger Abhandlung Gesagten zu berichtigen; auch schon Bd. IX. S. 591 u. f. zum Theil berichtiget worden.

cher Begriffe, als die von extra ordinem cognoscere, von poena und multa in ihrem technischen Gegensatz u. a., Manchem als zuweit vom praktischen Standpunkte entfernend scheinen mag, weil bei uns der eigentliche Gegenstand jener Begriffe fehlt, so wird doch Niemand in Abrede stellen, daß ihre Erörterung nöthig ist, wenn die genannten Worte in Gesetzstellen vorkommen, aus denen man noch heut zu Tage praktische Sätze ableiten will, und in denen man aus einem Mißverständniß der wahren Bedeutung jener Worte bisher etwas zu finden glaubte, was nicht in denselben liegt.

Als Resultat aber der bisherigen Erörterungen und als eine auch im neuesten römischen Rechte noch gegründete Regel läßt sich also unsrer Meinung nach der Satz festhalten, daß der Richter keine Strafe verhängen dürfe, die nicht durch Gesetz oder Gewohnheit bestimmt ist, und daß ihm in denjenigen Fällen, wo eine Strafe als absolut unbestimmt erscheint, oder auch die Bestimmung derselben ausdrücklich seiner Willkür anheim gestellt ist, keine andre Befugniß zusteht, als eine Geldstrafe innerhalb der nach dem Umfange seiner Gerichtsbarkeit bestimmten Grenzen aufzuerlegen. Demnach sind die Bestimmungen des preußischen Landrechts Th. II. Tit. 20. §. 34 u. 35, wornach die außerordentliche Strafe [105]) niemals bis zum Tode oder zur Ehrlosigkeit, und eine von den Gesetzen verhängte willkürliche Strafe nicht über Gefängniß von 6 Wochen

105) Von solcher ist übrigens im Preußischen Rechte nicht blos bei sogenanntem unvollständigen Beweise (vgl. z. B. Hitzig's Zeitschrift Heft I. S. 242. XVI. S. 512. XIX. S. 129. XX. S. 442. und dieses Archiv Bd. VIII. S. 97.), sondern auch bei Milderungsgründen und sonst (Landrecht a. a. O. §. 55. 61.) die Rede.

oder 50 Thlr. Geldbuße ausgedehnt werden darf [106]), mit dem Geiste des römischen Rechts ziemlich übereinstimmend, und obgleich ein neueres Reskript vom 7. Februar 1815 [107]), wodurch die Beschränkung des §. 35. für alle Fälle geltend erklärt wird, wo das Gesetz willkürliche Strafe ausspricht, auch wenn es auf den §. 35. nicht ausdrücklich verweist, den Richter an das Maaß der willkürlichen Strafen nicht bindet, wenn das Gesetz ein andres Prädikat der unbestimmten Strafe gebraucht und zugleich auf den §. 35. nicht Bezug nimmt; so ist doch auch in solchen Fällen der richterlichen Willkür eine Schranke gesetzt, indem es in dem Reskripte heißt, es dürfe bei denselben über das Maaß des §. 35. nach Beschaffenheit des Falles und der Analogie andrer Vorschriften hinaus gegangen werden.

Ueber die Analogie nach gemeinem Rechte wollen wir weiter unten noch einige Worte sagen. Hier aber haben wir noch zu bemerken, daß nach dem von uns behaupteten Systeme des römischen Strafrechts selbst in den Fällen, wo es heißt: nulla poena specialis Rescriptis principalibus imposita est, idcirco causa cognita liberum erit arbitrium statuendi ei qui cognoscit, der Richter eigentlich keine andre als eine Geldstrafe verhängen dürfe [108]). Dagegen wird man nun sagen, daß gerade bei dem Verbrechen, wo

106) Man bedenke hierbei, daß Gefängniß und Geldstrafe einander in gewisser Hinsicht gleich geachtet werden. Vgl. Landrecht §. 88.

107) von Kamptz Jahrbücher, Bd. V. S. 52.

108) L. 1. §. 1. D. de effractoribus. Vgl. L. 131. D. de V. S. „*multa* ibi dicitur ubi *specialis poena non est imposita.*"

dieser Ausdruck vorkommt, in den Pandekten ausdrücklich von einer höheren Strafe die Rede ist. Allein man darf auch nicht übersehen, daß das dabei gebrauchte Wort *solent* eben wieder auf eine durch Gewohnheit bestimmte Strafe deutet, und ausdrücklich ist auch in Beziehung auf dieses Verbrechen, obschon mit Bestimmtheit dabei vom *iberum arbitrium cognoscentis* die Rede ist, ein bestimmtes Maaß der Strafe angegeben, das der Richter nicht überschreiten dürfe, auf ähnliche Weise, wie bei anderen Verbrechen[109]), von denen ausdrücklich gesagt wird, daß sie keine legitima poena hätten, und deshalb extra ordinem bestraft würden. Es ist auch vielleicht nicht ohne Bedeutung, daß in allen diesen Fällen als die höchste Strafe die *poena metalli* genannt wird, die wenigstens in einer, von Justinian jedoch nicht gebilligten, kaiserlichen Verordnung gewissermaßen sogar einer Geldstrafe gleichgestellt wird[110]). Eine bloße Geldstrafe ist unter den verschiedenen in den Quellen gebrauchten Ausdrücken der unbestimmten Strafe freilich dann nicht zu verstehen, wenn die Geldstrafe davon ausdrücklich ausgenommen ist, wie es z. B. in Beziehung auf das Verbrechen der Grenzverrückung heißt: non mulcta pecuniaria est, sed pro conditione admittentium coërcitione transigendum[111]).

109) L. 1. §. 2. D. eod. val. mit §. 1. und mit L. 5. §. 2. D. Stellionatus bei den Worten: „dummodo ne quis operis publici poenam excedat — dummodo non debeat opus metalli haec poena egredi."

110) Vgl. L. 2. D. de effract. L. 3. §. 2. D. Stellionat. mit L. 4. C. Theod. de liberali caus. „mulctam agnoscat, vel, si per inopiam id implere non possit, in metallum detrudetur."

111) L. 1. D. de term. moto.

Allein diese coërcitio extraordinaria ist eine durch kaiserliche Rescripte bestimmte, und da die Carolina in der Hinsicht sich ganz an das römische Recht anschließt, so kann die Strafe dieses Verbrechens in keiner Rücksicht gemeinrechtlich als eine willkürliche dargestellt werden[112]). Die über das genannte Verbrechen in den Quellen enthaltnen Bestimmungen führen übrigens noch auf eine letzte Erörterung, die als unserm Gegenstand gehörig über Grundsätze des römischen Rechts zu gehen ist.

Wenn wir von einer durch Gesetz bestimmten Strafe reden, so verstehen wir darunter natürlich auch eine solche, die als die gesetzliche sich durch Interpretation ermitteln läßt. Wie nämlich bei der Frage, ob eine bestimmte Handlung gestraft werden könne, und sonst bei strafrechtlichen Fragen das römische Recht sowohl auf die *verba* als auf die *sententia* des Gesetzes verweist[113]), so ist auch bei der Frage, wie etwas

112) Unpassend drückt sich darüber Feuerbach aus, Lehrbuch §. 424. — Vgl. L. 2. D. h. t. C. C. C. art. 114. In diesem Artikel ist sogar ausdrücklich peinliche Strafe verhängt, weil es in L. 1. D. h. t. heißt *ngn mulcta pecuniaria*, und weil Geldstrafe auch von Amts wegen eingeklagt im Sinne der Carolina durchaus blos als bürgerliche Strafe zu betrachten ist. Für diesen Satz, den ich anderswo zum Theil schon bewiesen habe, zum Theil noch näher begründen werde, liegt ein neuer und sicherer Beweis in einem meines Wissens noch unbenutzten, im Jahre 1580 schon zum zweiten Male gedruckten, wahrscheinlich zu Freyberg 1529 geschriebenen deutschen *Processus Juris*, der sich in der Niebuhr'schen Bibliothek befindet, und aus dem ich einige Auszüge der Güte des Herrn Professors Deiters verdanke.

113) L. 5. §. 13. D. ad SCtum Turpill. L. 5. C. ad leg. Jul. de adulter. L. 5. D. de leg. Pomp. L. 8. D. de sepulchro violato. L. 7. §. 2. D. de jurisdictione. L. 22. §. 11 et 12. D. de lege Cornel de fall.

gestraft werden soll, auf diese Quelle der Erkenntniß Rücksicht zu nehmen, und so kann es z. B. nicht zweifelhaft seyn, welche Strafe, wenigstens nach dem Geiste der Justinianischen Gesetzsammlung, in einer im Titel de termino moto enthaltnen Bestimmung mit den Worten: poena plectendi sunt pro persona et conditione et factorum violentia, gemeint sey, wenn wie diese Worte mit den kurz vorhergehenden Bestimmungen vergleichen [114]). Damit ist aber keineswegs gesagt, daß alle unbestimmten Strafen nach Analogie der bestehenden Gesetze auszumessen seyen, wenn man dies so versteht, daß jede in unsern gemeinrechtlichen Quellen unbestimmt gelassene Strafe nach derjenigen zu bestimmen sey, die auf ein mit dem damit verpönten Verbrechen ähnliches in irgend einer andern als Quelle des gemeinen Rechts zu betrachtenden gesetzlichen Verfügung festgesetzt ist [115]). Das römische Recht wenigstens gestattet eine solche analogische Anwendung nicht, und schreibt überhaupt dem Richter die Analogie als Entscheidungsquelle weit weniger vor, als man gewöhnlich annimmt. Wenn man sich in dieser Hinsicht häufig auf eine Stelle beruft, wo von den zum Majestätsverbrechen gehörigen Fällen gesagt wird, einige würden *ex scriptura legis*, andre

114) L. 5. §. 2. D. de term. mot. vgl. mit L. 2. D. eod. tit.

115) In dieser Hinsicht kann ich auch nicht ganz mit den übrigens trefflichen Bemerkungen Falk's, Encyklopädie §. 150, einverstanden seyn, und möchte eher noch den Ansichten Bauer's, Warnungstheorie S. 145—155, beitreten, obschon auch er meiner Meinung nach der Analogie zu viel Kraft beilegt. In dieser Hinsicht hat auch Feuerbach, Revision Th. I. S. 192 u. f., nicht ganz Unrecht, wenn er die Analogie bekämpft.

ad exemplum legis bestraft, so übersieht man dabei, daß hiermit nicht dem Richter die Befugniß gegeben ist, etwas *ad exemplum legis* zu bestrafen, sondern die Senatsschlüsse angedeutet werden, durch welche, als einmal der Senat angefangen hatte, die gesetzgebende Gewalt der Comitien auszuüben, nach und nach fast bei jedem der durch die alten Volksgesetze verbotenen Verbrechen gewisse weder in den *verbis* noch in der *sententia* derselben enthaltene Handlungen als *quasi crimina* [216]) dieser bestimmten Gesetze den durch sie eingeführten Anklagen unterworfen wurden.

---

216) Z. B. *quasi falsum* L. 1. §. 15. D. de lege Cornel. de falsis, oder was eben so viel ist, *perinde atque si crimen falsarii* L. 1. §. 4. D. eod. tit. Daß diese analogische Bestrafung vorzüglich auf Senatsschlüssen beruhte, sieht man aus L. 1. §. 7. L. 6. §. 1. D. h. t. Selbst wenn bei solchen Fällen die Rechtsgelehrten sagen, ut Divi Severus et Antoninus *constituerunt* oder sic et Divus Severus lege Cornelia *damnavit*, L. 1. §. 4. g. D. eod., so ist damit nicht eine dem Richter an sich zustehende Befugniß analogischer Anwendung ausgesprochen, sondern vielmehr eine durch Gerichtsgebrauch begründete analogische Ausdehnung der Gesetze angedeutet, indem selbst die kaiserlichen *Constitutiones* gewissermaßen nur als *precedens* citirt sind, obschon dieselben später immer größre Kraft erhalten. Vgl. *ad similitudinem Majestatis* L. 4. C. de vectibus, *ad instar Majestatis* L. 51. C. de episcop. et cler. — *Senatusconsulta ad legem pertinentia*, wie es in L. 11. §. 2. D. ad leg. Corn. de sicar. heißt, finden wir fast in jedem der Pandektentitel erwähnt, welche die *Leges judiciorum publicorum* betreffen. Auch hinsichtlich eines eigentlich *ad privata judicia* gehörigen Delicts heißt es: *perinde habetur atque si furti manifesti damnatus erat*, in L. §. 2. D. ad leg. Jul. peculatus. Doch sind hiermit nicht die sogenannten *quasi delicta* zu verwechseln, oder die *obligationes quasi ex delicto*. Zu vergleichen sind noch die Stellen, wo es heißt: *puniuntur tanquam latrones*, L. 2. D. arbor. furtim caesar., ut *perinde atque latrones puniantur*) *praecipiunt*, L. 1.

Diese letzte das römische Recht betreffende Bemerkung führt uns durch eine natürliche Ideenverbindung auf die Carolina, in der wir in ähnlichen Worten einen ähnlichen Sinn und überhaupt die bis jetzt aus dem römischen Recht entwickelte Lehre im Wesentlichen bestätigt finden.

Nicht selten finden wir nämlich von ausgezeichneten Rechtsgelehrten auf die in den vielbestrittenen Artikeln 104 u. 105 der P. H. G. O. vorkommenden Worte: „in fellen darumb oder derselben gleichen" und: „wie diser unser Ordnung am gemessigsten gehandelt werden soll" hingewiesen, um aus denselben zu erweisen, daß Analogie gemeinrechtlich als richterliche Entscheidungsquelle anzusehen sey[117]). Ich kann damit nicht vollkommen

D. de [illegible]. Auch hierdurch wird unsre Ansicht bestätigt. Demnach wird man finden, daß L. 7. §. 5. D. ad legem Jul. Majest. nichts für die entgegengesetzte Meinung beweist. Auch L. 12. D. de legibus beweist nichts, da sie blos von dem *qui jurisdictioni praeest* und nicht von dem *qui quaestioni praeest* redet, also auf peinliche Erkenntnisse nicht paßt. Vgl. dagegen Henke, Versuche S. 68—70, wo jedoch zwischen einer Entscheidung ex sententia vel voluntate legis. (L. 22. §. 11. D. ad leg. Corn. de falsis) und einer Entscheidung ex analogia vel ad exemplum legis (L. 7. §. 5. D. ad leg. Jul. Maj.) so wie zum Theil auch bei Wächter Lehrbuch I. §. 4. und Jarcke Handbuch I. §. 50. nicht genau genug unterschieden ist.

117) Z. B. Falk a. a. O. Bauer S. 151. Wächter a. a. O. Henke S. 78—80. Aus andern Gründen ist die Analogie gegen Feuerbach von Thibaut in Schutz genommen worden, Beiträge zur Kritik der Feuerbachschen Theorie, Hamburg 1802. S. 59 u. f. Das von ihm gewählte Beispiel aus L. 2. §. 24. 30. ad Sct. Pertyll. spricht mehr für Interpretation als Analogie, und bezieht sich überdies auf einen bürgerlichen, nicht auf einen peinlichen Rechtsfall.

einverstanden seyn und auch nicht ganz den Auslegungen der genannten Artikel beistimmen, welche früher schon Grolman, Feuerbach, Kleinschrod, kürzlich Hasacker gegeben haben [118]). Wenn jedoch der letztgenannte Schriftsteller seine Interpretation hauptsächlich darauf stützt, daß das im Artikel 104. vorkommende Wörtchen wann nicht so viel als wenn, sondern so viel als denn bedeute, so läßt sich dies im Allgemeinen und insbesondre aus dem im Artikel 103. enthaltnen Beispiele nicht in Abrede stellen, so wie denn auch im Holländischen das Wörtchen want noch heut zu Tage so viel als denn oder indem heißt. Einwenden ließe sich vielleicht, daß, wenn das genannte Wort im Artikel 104. die angegebene Bedeutung haben sollte, die darauf folgenden Worte ganz anders gestellt seyn müßten. Allein es würde zwischen dem Vorhergehenden und Folgenden sich kein rechter logischer Zusammenhang auffinden lassen, wenn man die Bedeutung von denn nicht annähme. Setzt man überdies anstatt denn das so ziemlich gleichbedeutende da oder indem, so scheint uns Alles auch grammatisch im besten Zusammenhang und der ganze Artikel 104. leicht zu erklären zu seyn. Erstlich sagt namentlich Karl V, daß in den Fällen, wo die gemeinen geschriebnen Rechte (worunter hier eben so wie an andern Orten hauptsäch-

118) Vgl. dieses Archiv Bd. V. S. 446 u. f. Bibliothek des peinl. Rechts Bd. I. S. 1. u. a. Kleinschrod's Entwicklung Th. II. §. 116 u. f. Feuerbach's Revision Th. II. S. 26 u. f. Grolman S. 76. 77. hält Analogie nach art. 104. zur Definition der Verbrechen, nach art. 105. zur Bestimmung der Strafen für zulässig wegen der oben angegebenen Worte und Gobler's Zusatz zu denselben.

sächlich das römische Recht verstanden werden muß) auf ein Verbrechen die Todesstrafe setzen, die Todesart nach guter Gewohnheit oder mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Uebelthat durch richterliches Ermessen bestimmt werden soll, und diese Verfügung erklärt sich recht gut aus dem der Carolina vorhergehenden Saiwechter, der (im Ganzen auch aus römischem Rechte schöpfend) für jedes einzelne Verbrechen nach dem geschriebenen Rechte die Strafen anführet und dabei es jedesmal bemerkt, wann eine andre Todesstrafe nach gemeinem Gebrauche Statt finde. Ferner erklärt in unserm Artikel der Gesetzgeber, in der neuen peinlichen Gerichtsordnung sey keine Todesstrafe festgesetzt, außer in Fällen, in denen sie das kaiserliche d. h. römische Recht verhänge, oder derselben gleichen; und es ist klar, daß in diesen Worten eben so wenig als in der oben erklärten römischen Stelle, in der von Verbrechen, *quae legis aut exemplum vindicantur*, die Rede ist, ein dem Richter zustehendes Recht analogischer Anwendung ausgesprochen werde. Ja Karl V. selbst scheint außer den nach römischem Rechte todeswürdigen Straffällen auf ähnliche nur in so fern Todesstrafe setzen gewollt zu haben, als in Hinsicht auf dieselben schon zuvor eine wohlbegründete Gewohnheit diese Strafe zuließ. Auf ähnliche Weise hat auch, wie ich anderswo gezeigt habe, Herzog Georg von Sachsen schon vor der Carolina in Friesland die Anwendung der Todesstrafe in einzelnen Fällen geboten, weil sie auch nach Kaisers oder Sachsenrecht Statt finde. Außer diesen beiden Bestimmungen heißt es in unserm Artikel nach Hofacker's im Ganzen richtiger Erklärung weiter: „Bei

etlichen Missethaten liessen jedoch die Richter auch geringere peinliche Strafen zu, und auch auf diese so wie auf Todesstrafen dürften die Richter nach guter Gewohnheit eines jeden Landes oder nach verständigem Ermessen erkennen, da,[119]) das römische Recht einerseits viele an sich nicht mehr anwendbare Strafübel festsetze, andrerseits auch selbst das Maaß einer jeden peinlichen Strafe nicht bestimme, sondern es guter Gewohnheit und rechtlichem Ermessen überlasse, die Strafe der Beschaffenheit des Falles anzupassen." Man sieht hieraus, daß Karl V. sich einerseits an das römische Recht, andrerseits an deutsche Gewohnheit anschließen wollte, und wenn darauf die bestimmte Erklärung folgt, „daß kein Richter irgend eine Todes- oder andre peinliche Strafe verhängen dürfe, außer den Fällen, in welchen das römische Recht dieselben anordne, oder derselben gleichen", so darf man auch in diesen Worten weit weniger eine dem Richter gegebene Befugniß analogischer Anwendung als vielmehr eine Bestätigung des römischen Satzes suchen: *poena non irrogatur nisi quae quaque lege vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est*[120]). Dies bekräftigt noch das Ende des Artikels, worin es heißt: „damit die im römischen Rechte unerfahrenen Richter und Urtheiler um so weniger gegen die gemeldten d. h. römischen Rechte oder gute zulässige Gewohnheit handeln, so habe man im Folgenden etliche peinliche Strafen gesetzt, wann und wie dieselben ge-

dacht

119) Vgl. auch Scherzii Glossar. I. v. *wan* et *want*.
120) Worte Ulpian's in L. 131. D. de V. S.

dachter Rechte, guter Gewohnheit und Vernunft nach verhängt werden sollen;" und man sieht daraus auch, daß der Gesetzgeber das römische Recht sogar besser in dieser Lehre aufgefaßt habe, als manche neuere Ausleger. Hofacker's[121]) Erklärung der letzten Worte des Artikels stimmt dem Resultate nach so ziemlich mit dem hier Behaupteten zusammen, nur hat er den wahren Sinn des Artikels nicht mit völliger Bestimmtheit ausgesprochen, auch nicht hinreichend die besondere Beziehung desselben auf das Gewohnheitsrecht hervorgehoben und somit im Grunde nichts zur Widerlegung des aus den Worten und derselben gleichen gewöhnlich gezogenen Einwurfes geliefert. Er hat sogar dadurch, daß er zum Belege für seine übrigens treffende Bemerkung über die Zulässigkeit ausdehnender Erklärung Stellen citirte, in welchen nicht von dieser, sondern von analogischer Ausdehnung (aber nicht einer dem Richter zustehenden, sondern einer durch gesetzliche Vorschriften bewirkten) die Rede ist, der der unsrigen entgegenstehenden Ansicht gewissermaßen das Wort geredet[122]). Endlich scheint es mir ein unpassender Ausdruck zu seyn, wenn in Beziehung auf die letzten Worte des Artikels geäußert wird, es werde darin Vorschrift ertheilt über etliche peinliche Strafen, wann und wie dieselben dem römischen Rechte, dem Herkom-

121) a. a. O. S. 450 u. f.

122) S. 455. Z. B. L. 1. §. 15. D. ad leg. Cornel. de falsis, L. 7. §. 15. D. ad leg. Jul. Majest. Ob es mit dem in L. 10. D. ad leg. Cornel. de sicariis vorkommenden *quasi incendiarius* ähnliche Bewandtniß habe, wie mit den Fällen des *quasi falsum*, mag bezweifelt werden. Vgl. Note 116. — Auch Kleinschrod bezieht Gesetzstellen auf die ausdehnende Auslegung, die davon nicht handeln, Entwickelung Th. II. §. 190.

mes und allgemeinen Vernunftgründen gemäß zur Anwendung kommen sollen[123]). Es handelt sich in den letzten Worten vielmehr von den Rücksichten, nach welchen in den folgenden Artikeln der Gesetzgeber verfahren habe, und das Wort Vernunft ist also hier keineswegs analog mit dem in Vorhergehenden genannten Ermessen eines guten rechtsverständigen Richters, sondern es ist vielmehr damit im Gegensatz der vom Gesetzgeber bestätigten guten Gewohnheiten das von ihm in einzelnen Fällen vorgenommene Abstehen unvernünftiger Gewohnheiten angedeutet[124]).

Wenn es nun nicht zu bezweifeln ist, daß im Artikel 104. der Gesetzgeber eigentlich die römischen Strafbestimmungen hauptsächlich dem Richter zur Richtschnur anempfehlen wollte, ausgenommen wo ihre Anwendung unmöglich ist, oder durch gute Gewohnheit andre Strafen begründet sind; wenn es mit Gewißheit angenommen werden kann, daß er den römischen Grundsatz sanctioniren wollte, nach welchem keine eigentliche Strafe verhängt werden dürfte, die nicht durch Gesetz, oder dasjenige was Gesetzeskraft hat, als Strafe des concreten Verbrechens nachgewiesen werden konnte; wenn man mit Zuversicht sagen kann, daß er dem richterlichen Ermessen mehr nicht einräumen wollte, als demselben das römische Recht einräumt, und nicht im mindesten daran dachte, dem Richter andre Strafrücksichten für unbestimmte als absolut oder relativ bestimmte Strafgesetze vorzuschrei-

123) a. a. O. S. 456. Not. 27.

124) S. B. art. 151. 157. Vgl. art. 150: „unvernünftige regel oder gewonheit", und in der Vorrede die Worte: „wider recht und gute Vernunft."

den [125]); wenn es sich ferner als die unverkennbare Absicht des Gesetzgebers erweist, in seinen eignen Strafbestimmungen den römischen Gesetzen und dem Herkommen zu folgen, und nur wo solches unvernünftig erschiene, dasselbe abzuändern; insbesondre aber, was die römischen Strafbestimmungen angeht, die wichtigsten derselben für den im römischen Rechte nicht bewanderten Richter anzugeben; wenn wir endlich sehen, daß er im Art. 105. ausdrücklich die Unmöglichkeit aussprach [126]), in der peinlichen Gerichtsordnung dieselben sämmtlich anzuführen: so kann die Erklärung des Restes dieses Artikels weiter keine Schwierigkeit haben, und es ist die Absicht des Gesetzgebers unverkennbar, bei unbenannten peinlichen Fällen und Strafen, oder in was peinlichen Helfen oder verklagungen die peinlichen straff in diesen nachfolgenden Artikeln nit gesetzt oder genugsam erklert oder verstendig wer, an den Rath der Rechtsverständigen, und hiermit einfach an das römische Recht zu verweisen. Weil aber nicht alle Strafen des römischen Rechts mehr von Karl V. selbst für anwendbar gehalten wurden, wie im vorhergehenden Artikel bemerkt ist, auch es wohl in einzelnen Fällen seine Absicht seyn mochte, dem römischen Rechte zu derogiren, so befahl

125) Auf das Ungeeignete dieser Unterscheidung hat mit Beziehung auf Martin schon im 4ten Bande dieses Archivs S. 428 Mittermaier aufmerksam gemacht.

126) „Wann nit alle zufällige erkantnuß und straff inn dieser unser Ordnung genugsam mögen bedacht und beschrieben werden." Das Wort wann heißt auch hier so viel als denn oder da, mögen so viel als können, und zufällig, sonst auch zufallend, so viel als *forte incidens*. Vgl. Scherz Glossar. s. h. v. Auch Hofacker hat dies zum Theil bemerkt.

er, daß in den in der peinlichen Gerichtsordnung nicht benannten Fällen man sich Raths erhole, wie unsern keyserlichen Rechten und dieser unser Ordnung am gemessigsten gehandelt und geurtheylt werden soll, und darnach erkenne. Damit aber hat er keineswegs für die in der peinlichen Gerichtsordnung nicht benannten Fälle und Strafen an die Analogie des römischen Rechts oder der peinlichen G. O. verwiesen, sondern geboten, in einem solchen Fall nach dem Wortlaut des römischen Rechts und der auf das Verhältniß derselben zur neuen peinlichen G. O. Rücksicht nehmenden Interpretation zu entscheiden. Daran, daß ein solcher Fall auch im römischen Rechte nicht benannt, oder daß dessen Strafe nicht darin auf irgend eine Weise bestimmt seyn sollte, hat der Gesetzgeber hiebei gewiß gar nicht gedacht, und dafür, wenn weder *aliqua lege* noch *aliquo alio jure*, und in erster Hinsicht weder durch die *verba* noch durch die *sententia* des Gesetzes ein Fall benannt oder dessen Strafe bestimmt sey, hat er schon im vorhergehenden Artikel den Grundsatz des römischen Rechts bestätigt. Damit stimmt im Wesentlichen auch Hofacker überein[197]), obschon ich auch hier wieder erinnern muß, daß seine Erklärung nicht völlig genügend ist und auf die möglichen Zweifel nicht Rücksicht genommen hat, welche aus den Worten des Art. 105: wie unsern kaiserlichen Rechten und diser unser Ordnung am gemessigsten gehandelt werden soll, entstehen können. Daß aber unsre Erklärung derselben

197) S. 456—457.

die richtigere und in der Hinsicht ein sonst sehr beachtungswerther Ausspruch Falk's [128]) nicht einzuräumen sey, bestätigt insbesondre auch der in der P. G. O. gleich folgende Art. 106, wo in Beziehung auf Gotteslästerung von einem, Richtern und Urtheilern zu gebenden Bescheid die Rede ist, wie solche lesterung den gemeynen unsern keyserlichen Rechten gemeß und sonderlich nach innhalt besonderer Artikeln unser Reichsordnung gestrafft werden sollen. Daß hier der ähnlichen Ausdrücke ungeachtet von keiner Analogie die Rede sey, liegt am Tage, und so ist auch auf den Inhalt der römischen Gesetze mit den Worten des vorhergehenden Artikels hingewiesen.

Ich weiß gar wohl, daß noch vor Kurzem ehrenwerthe Rechtsgelehrte, unter diesen auch Roßhirt [129]), die Unterscheidung zwischen Analogie und Geist der in einem Staate bestehenden positiven Criminalgesetze, somit den zwischen analogischer Anwendung und ausdehnender Auslegung verworfen haben, und daß es sehr schwer ist, zwischen beiden eine bestimmte Grenze zu ziehen. Aber diese Ueberzeugung hat mir Roßhirt's Darstellung nicht genommen, daß es bei unbenannten Straffällen eine gefährliche Sache sey, dem Richter die in Civilfällen ihm nach römischem Rechte unbezweifelt zustehende Befugniß einzuräumen, die Ulpian [130]) mit Pedius in den Worten ausspricht: *quotiens lege aliquid introductum est, bona*

128) §. 150. Sehr wahr ist sein Ausspruch in so fern, daß unbestimmte Strafen nicht nach einer blos wissenschaftlichen Ansicht über das Verhältniß der Strafen abzumessen sind.

129) Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts §. 4.

130) L. 13. D. de legib.

occasio est, caetera quae tendunt ad eandem utilitatem, jurisdictione supplere. Man braucht sich deswegen nicht an den Buchstaben zu halten, und so wie in der angeführten Stelle selbst das *interpretatione supplere* und das *jurisdictione supplere* als zwei verschiedene Dinge angesehen werden [131]), so hat man auch in Frankreich, wo man in einem andern Extreme bis jetzt gar oft in den Gerichtssälen den an sich widersinnigen Satz: on ne peut pas interpréter en matière criminelle, mit den lächerlichsten Consequenzen aussprechen hörte, in neuerer Zeit selbst extensive Interpretationen nicht für ganz unzulässig erklärt, und genauer z. B. zwischen *interpretation extensive des termes* und *interpretation extensive de l'esprit de la loi* in einem Falle unterschieden, wo der scharfsinnige Dupin entschieden die analogische Anwendung von sich wies und die Jurisprudenz des Cassationshofes zu einer nach meiner Ansicht sehr zu billigenden Anwendung brachte [132]). Auch Holländer [133]) und selbst Engläns

131) Wie in L. 12. D. h. t. *interpretatio* und *constitutio optimi principis*, welche letzten freilich auch in Criminalsachen, selbst insofern dadurch der Kaiser *cognoscens decrevit* oder *de plano interlocutus est*, Gesetze analogisch ausdehnen konnte, aber nur, weil sie auch in dieser Hinsicht arg. L. 1. §. 1. D. de Constit. *legis vicem obtinebat*, obschon dazu anfänglich wenigstens, wie oben gezeigt wurde, eine *pluralitas* der Entscheidungen erfordert worden zu seyn scheint, und auch die *auctoritas constitutionum* L. 16. D. h. t. mit der sonstigen *auctoritas rerum judicatarum* L. 58. D. h. t. auf ähnlichem Princip beruhte.

132) Gazette des tribunaux 19. Mars 1831. N. 1789. Es handelte sich darum, ob Anzündung eines eignen Hauses, um die Assecuranzkasse zu betrügen, straflos oder todeswürdig sey?

133) Van Hamelsveld bydragen tot het lyfstraffelyk regt. Amsterd. 1817. pag. 122.

der[134]) kennen diesen Unterschied, und obschon letztere eine analogische Ausdehnung der in Pönalstatuten verpönten Fälle bestimmt verwerfen, so erkennen sie doch, außer ihrem *Common-Law* als reichhaltiger Rechtsquelle auch in Strafsachen, in solchen selbst einen Schluß von der *intention of the maker of the statute* für zulässig an. Was in Beziehung auf französisches Recht Dupin behauptet hat rücksichtlich der Strafbarkeit der sogenannten unbenannten Verbrechen[135]), dies glaube ich auch in Beziehung auf gemeines deutsches Recht aus positiven Gründen erwiesen zu haben, und ich halte dies nach diesem Recht um so weniger für bedenklich, da dasselbe außer eigentlichen Gesetzen auch noch das Herkommen als Rechtsgrund der Bestrafung verbrecherischer Handlungen anerkennt. Mag immerhin dann Oersted's „berühmte Widerlegung" Feuerbach's im Allgemeinen Beachtung verdienen, und seine Lehre „vom natürlichen Verbrechen" zur Ausfüllung der Lücken der dänischen Gesetze dienen[136]), so wie auch in Schott-

154) Espinasse treatise on the Law of actions on statutes. Lond. 1824. pag. 54. 55. Cf. 58.

155) „Je repousse les *analogies* en matière pénale. En 1810 lors de la promulgation du Code pénal les assurances terrestres étoient inusitées .... d'où il suit que le législateur *n'a pas eu l'intention* de comprendre le cas d'assurance dans la redaction de l'art. 434." Dies erinnert an die Weise, wie man auch in Deutschland oft zwischen ausdehnender Erklärung und analogischer Anwendung unterscheidet. Vgl. Bauer a. a. O. S. 160.

156) Grundregeln der Strafgesetzgebung, Kopenhagen 1818. §. 15, worüber zu vergleichen Rathirt Entwickelung S. 51, dagegen Mittermaier über den neuesten Zustand der Criminalgesetzgebung in Deutschland. Heidelb. 1825. S. 67. Zu bemerken ist jedoch, daß Oersted selbst zwischen Fällen unterscheidet, in denen bei dem Schweigen der Gesetze die Strafe als aus nothwendigen Vernunftgrundsätzen fließend verhängt wer-

kann jedoch nur das höchste Gerichtshof in solchen Fällen strafen kann; für das gemeine Deutsche Recht ist durchaus jene Lehre unzulässig, und selbst in Hinsicht auf unbestimmte Strafen, glaube ich, daß mehr auf dem Wege der Interpretation als der Analogie zur Ausmittelung der von dem ein bestimmtes Verbrechen verbietenden Gesetze unbestimmt gelassenen Strafe zu gelangen sey. Meistens wird sich wohl in solchen Fällen irgend eine andere gesetzliche Bestimmung finden, aus der wenigstens ein sicherer Schluß sich darauf machen läßt, welches Maximum oder Minimum nach der Absicht des Gesetzgebers in dem individuellen unbestimmt gelassenen Falle eintreten soll, wenn auch in der Hinsicht keine ausdrückliche allgemeine Vorschrift anwendbar ist. Oft auch wird die gesetzlich unbestimmte Strafe durch

---

den solle, und denjenigen, in welchen daraus, daß der Gesetzgeber eine gewisse Handlung ausdrücklich bestraft, gefolgert werden müsse, daß er auch auf andere Handlungen von gleicher Beschaffenheit dieselbe Strafe angewendet haben wollte, S. 112. 115. Was nun diese letzte Folgerung angeht, so sind wir mit Oersted im Ganzen auch über ihre Nothwendigkeit einverstanden, so wie mit der S. 118. beginnenden Polemik gegen Feuerbach's Theorie von Milderung der Strafe wegen Mangels an Thatbestand, worin der dänische Rechtsgelehrte mit Recht eine große Inconsequenz findet. Sollte aber nicht auch Roßhirt eine Inconsequenz entgegengesetzter Art begangen haben durch seine Abhandlung über culpose Körperverletzung, Arch. VIII. nr. 2, wo die Bestrafung derselben als Verbrechen sogar als Sünde der philosophischen Criminalisten angeführt wird, während doch gerade die Vertheidiger der Analogie am ersten darauf kommen müßten. Uebrigens müssen wir, um uns gegen ähnlichen Vorwurf zu verwahren, bemerken, daß wir Oersted's obengenannte Folgerung in so fern billigen, als sie mit dem Schlusse der extensiven Interpretation identisch ist, und von dieser zur Analogie noch ein weiter Sprung ist.

Gerichtsgebrauch bestimmt erscheinen, so daß in den bei weitem meisten Fällen die scheinbar ganz unbestimmte Strafe wenigstens relativ bestimmt seyn wird. Daß übrigens zwischen einem auf diese Weise ausgemittelten Maximum und Minimum die Analogie eben so wie bei einem durch die ausdrückliche Verfügung eines ein bestimmtes Verbrechen verbietenden Gesetzes festgesetzten, zur genaueren Ausmessung der Strafe von Wichtigkeit seyn kann, will ich keineswegs in Abrede stellen. Und zwar wird hierbei erstens die Analogie der auch bei absolut bestimmten Strafen gesetzlich zulässigen Milderungs- und Schärfungsgründe, und zweitens die Analogie der gesetzlichen Bestimmungen, wodurch verschiedene zu derselben Gattung gehörige Verbrechensarten unterschieden werden, entscheiden können. Diese Art von Analogie ist aber meiner Meinung nach selbst im französischen Rechte zulässig, und bei derselben ist uns in Beziehung auf das gemeine deutsche Recht eine römische Gesetzstelle, die man so oft vorgerufen und recusirt hat, vielleicht von größerer Wichtigkeit als das Feuerbach'sche System der sinnlichen Triebfeder, wenn sie gleich auch weiter nichts enthält, als eine aus der Betrachtung verschiedener positiver Strafbestimmungen hervorgegangene Reflexion [137]). Die Ausführung dieser Behauptung müssen wir einem andern Orte vorbehalten.

Sollte sich aber nun in der P. G. O. oder in sonstigen Gesetzen, die als Quellen des gemeinen Rechts anzusehen sind, eine Handlung unter Strafe verboten finden, deren nähere Bestimmung weder in dem Gesetze enthalten, noch aus sonstigen Gesetzen oder aus

137) Die bekannte L. 16. D. de poenis.

dem Gerichtsgebrauch zu ermitteln ist, so kann zufolge des aus dem römischen Rechte schon oben erwiesenen, und durch die P. G. O. Karls V. bestätigten Grundsatzes keine höhere als bürgerliche, d. h. im Sinne der Carolina keine höhere als Geldstrafe eintreten [138]), auf ähnliche Weise, wie, wenn im preußischen Rechte eine willkürliche Strafe verordnet ist, diese ein bestimmtes Maaß nicht überschreiten darf; und in dieser Hinsicht ist Analogie zur Bestimmung der Strafe eben so wenig als eine philosophische Theorie dienlich [139]). Selbst wenn bestimmt eine peinliche Strafe ausgesprochen ist, ohne daß ihre nähere Bestimmung anderswoher, etwa auch mit Hülfe der logischen Interpretation möglich wäre, so ist zwar damit, besonders wenn dabei ausdrücklich auf verschiedene Momente der Begehung der That hingewiesen wird, dem Richter die Gewalt gegeben, zwischen verschiedenen Strafübeln zu wählen; allein so wie schon einerseits durch die Festsetzung peinlicher Strafe ein Minimum angedeutet d. h. bürgerliche Strafe ausgeschlossen wird, so wird auch andrerseits durch den oben ausgesprochenen Grundsatz das Maximum wenigstens in so fern bestimmt, als die Todesstrafe ausgeschlossen ist [140]), selbst wenn Analogie für ihre Anwendung stritte, es müßte denn nur seyn, daß diese höchste Strafe durch Herkommen gerechtfertigt wäre.

138) Z. B. auch C. C. C. art. 134. 136. Uebrigens läßt sich hier auch aus andern Gründen der Interpretation erweisen, daß der Gesetzgeber blos solche Strafe verhängen wollte, wie ich anderswo darthun werde.

139) Luden verwirft auch Wächter I. §. 41. not. 94.

140) C. C. C. art. 104. „niemand zum Tod oder sonst peinlich strafen"; d. h. überhaupt nicht peinlich, wenn die Strafe gar nicht, und nicht zum Tod, wenn auch eine peinliche bestimmt ist.

Nach den bisherigen Erörterungen wird das Gegentheil auch nicht dadurch erwiesen, daß man sich, wie Martin thut[141]), auf die Worte und derselben gleichen stützt, oder sich auf den Geist der P. G. O. beruft, und, weil dieselbe ausdrücklich in vielen Artikeln dem Richter die Wahl giebt, entweder an Leib, Leben oder Gliedern zu strafen, daraus schließt, in den Fällen, wo das Gesetz überhaupt zu strafen befiehlt, habe der Gesetzgeber wenigstens zuweilen dieselbe Wahl geben wollen. Das Trügliche eines solchen Schlusses ist schon von Kleinschrod gezeigt worden[142]), und da eben in der Unterscheidung von der Analogie, die auf das schließt, was der Gesetzgeber gewollt haben würde, wenn ihm die Möglichkeit gewisser Handlungen bekannt gewesen wäre, ein Schluß auf das, was der Gesetzgeber wirklich gewollt, wenn er es gleich nicht ausgedrückt hat, der Interpretation angehört[143]), da ferner im vorliegenden Falle über das behauptete Wollen des Gesetzgebers wenigstens Zweifel obwaltet; so ist der angegebene Schluß schon darum als einer positiven Rechtsregel entgegen[144]) zu verwerfen. Mit

141) Lehrbuch §. 62. Not. 5.

142) Entwickelung Th. II. §. 154.

143) Die französische Unterscheidung zwischen *interprétation extensive des termes* und *extensive de l'esprit de la loi* ist in der Hinsicht sehr bezeichnend, obschon dabei etwas Interpretation genannt wird, was es eigentlich nicht ist. Auf der andern Seite scheint man zuweilen bei der Unterscheidung zwischen Gesetzanalogie und Rechtsanalogie etwas in Deutschland Analogie zu nennen, was es eigentlich nicht ist.

144) In *dubiis benigniora* praeferenda *Paul. L. 56. D.* de R. J. Daß man übrigens in der Praxis diesen Spruch jederzeit befolgen werde, wie Oersted a. a. O. S. 118 bemerkt, ist der Erfahrung nicht gemäß, die uns auch mehr als ein Beispiel des Einflusses einer strengen Doctrin aufzuweisen hat.

glauben aber das Trügliche desselben durch Vergleichung einer, uns der Zeit nach weit näher liegenden Gesetzgebung noch anschaulicher machen zu können. Das französische Gesetzbuch von 1810. läßt dem Richter einen großen Spielraum nicht nur allein gerade bei schweren Verbrechen zwischen den verschiedenen Graden einer und derselben Strafart, sondern auch in vielen, selbst in dem Gesetze von 1832 unverändert gelassenen Artikeln die Wahl zwischen verschiedenen, ja zwischen vier und mehreren blos alternativ bestimmten Strafarten[145]). Wer wollte nun daraus den Schluß ziehen, bei einem absolut unbestimmten Strafgesetze müsse dem Geiste der französischen Gesetzgebung gemäß der Richter ebenfalls die Befugniß haben, zwischen so vielen Strafübeln zu wählen? Man hat wenigstens in Frankreich nicht eben so geschlossen, ja man hat vielmehr entschieden, daß in solchen Fällen gar nicht gestraft werden könne, denn die Unterlassung der Strafbestimmung sey entweder aus Versehen oder aus dem stillschweigenden Willen des Gesetzgebers, blos zu schrecken, geschehen. Jenes müsse dem Angeschuldigten zu Gute kommen, dieser spreche ihn ohnehin von der Strafe frei[146]). Ohne diesen Schluß vollkommen

145) Vgl. art. 401. 405. 406. 410. Im ersten Artikel hat der Richter die Wahl, entweder Gefängniß allein, oder Gefängniß und Geldstrafe, oder Gefängniß und Interdiction, oder Gefängniß und Stellung unter Polizeiaufsicht, oder Gefängniß Geldstrafe und Interdiction, oder Gefängniß Geldstrafe Interdiction und Stellung unter Polizeiaufsicht zu verhängen, oder noch einige andere Alternative, deren Zahl Liebhaber sich nach mathematischen Regeln ausrechnen mögen.

146) Vgl. Berriat St. Prix Cours de droit criminel, 3e édit. Paris 1825. pag. 4. not. 9. Die volonté tacite, comme si le legislateur a pensé, qu' une simple prohibition seroit suffisante ist doch wohl nichts

zu billigen, will ich nur bemerkt haben, daß zu zwischen diesem, und dem oben bekämpften abermals wieder eine richtige Mitte giebt, und was die vielen Stellen der P. G. O. angeht, nach welchen dem deutschen Richter oft ausdrücklich die Wahl gegeben wird zwischen Todesstrafe und geringerer; so ist zu bemerken, daß oft damit dem Richter für die Anwendung der höheren Strafe bestimmte Strafrücksichten vorgezeichnet werden, zuweilen sogar dieselben, nach welchen bei ähnlichen Verbrechen die verschiedenen Arten derselben in der P. G. O. geschieden sind [147]).

Hiermit glaube ich, die mir gesetzte Aufgabe gelöst zu haben. Schließlich aber habe ich noch einer Bemerkung zu begegnen, die, wenn sie gegründet wäre, wohl den größten Theil dieser Abhandlung überflüssig machte. Roßhirt hat nämlich die Frage, ob der Richter auf Todesstrafe erkennen könne, wenn sie nicht ausdrücklich angedroht ist, umgehen zu können geglaubt [148]), weil sie für unser gegenwärtiges gemeines deutsches Recht nicht praktisch, indem in Deutschland in Gemäßheit eines höchst wohlthätigen Gerichtsge-

weiter, als der Wille zu schrecken, aber nicht zu treffen? Das profiter de l'inadvertence du législateur ist auch nicht sehr edel. Der Verfasser macht sich übrigens den Einwurf, ob hier nicht eine *peine prononcée pour des cas de même genre* eintreten sollte, und bezieht sich auf Ulpian's Lehre von der *lex imperfecta*, auf die auch Roßhirt, Entwickelung §. 5. in andrer Hinsicht verweist. —

147) Vgl. z. B. art. 115, wo die Todesstrafe der Fälschung davon abhängig gemacht ist, daß das Verbrechen oft, gräßlich und boßhaftig geschehen ist, und also eine ähnliche Strafrücksicht vorwaltet, als diejenige, nach welcher der wiederholte, große und gefährliche Diebstahl als härter zu strafende Arten ausgezeichnet werden. Sonst citirt Martin für seine Ansicht art. 206. 118. 127. 152. 160. 175. 177. 178.

148) Entwickelung §. 12.

Gesetzes die Todesstrafe so beschränkt sey, daß die todeswürdigen Verbrechen alle bestimmt feststünden. Allein, wenn etwas praktisch feststehet, ist darum die Frage, ob es auch gesetzlich gegründet sey, weniger praktisch? Oder ist es bei dem Schwanken der deutschen Praxis im Allgemeinen, zum Theil nach dem Schwanken der philosophischen Theorieen, und bei den zum Theil eben dadurch entstandenen verschiedenen Ansichten über den Werth der Praxis selbst nicht eben auch für sie von Bedeutung, die Uebereinstimmung derselben mit den Gesetzen nachzuweisen, und so eine Lehre in ihrem wahren Zusammenhange und rechten Lichte darzustellen? [249]) Es ist übrigens wohl nicht ungeeignet, hiebei noch zu bemerken, daß es in Frankreich durch eine lange Praxis des Cassationshofes fest bestimmt zu seyn schien, daß die zum Brandstifte einer Assecuranzgesellschaft unternommene Brandstiftung an eigenthümlichen Gebäuden ein todeswürdiges Verbrechen sey, bis nach der Revolution in einem Falle, in dem Dupin die oben angeführten Worte aussprach, der Cassationshof seine mehrjährige jurisprudence änderte, und dadurch aber auch eine bedauerliche Lücke der Gesetzgebung zu Tage kam, welche die Kammern in der letzten Sitzung auszufüllen sich beeilten [250]).... Wenn unter den nach deutscher Praxis bestimmt feststehenden todeswürdigen Verbrechen vielleicht einige sind, welche als solche durch kein Gesetz bezeichnet sind, so ist es eben

249) Vgl. Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. Berlin 1826. Vorrede S. VII.

250) Vgl. oben Note 152. 155. und Chauveau, Code pénal progressif pag. 521—540. über den art. 92. des neuen Gesetzes, der nun den art. 434. des Code pénal ersetzt.

nicht unsre Meinung, daß ohne weiteres ein Richter dagegen sprechen solle, da wir auch dem Gerichtsgebrauche die Ehre einer Quelle des Strafrechts erweisen, was er in Frankreich streng genommen nicht ist. Wenn aber der Gerichtsgebrauch bei keinem der durch die Gesetze ohne bestimmte Strafdrohung gelassenen Verbrechen bis zur Todesstrafe geht, so ist dies nur ein Beweis, daß er mit dem Geiste der Gesetze in Uebereinstimmung ist, und eben der Beweis, daß dieses der Geist unsrer Gesetze sey, wird auch dazu beitragen, die Praxis in diesen wohlthätigen Grenzen zu erhalten. Oder hätten wir etwa in der gegenwärtigen Praxis allein schon eine hinreichende Bürgschaft dafür, daß es nicht über kurz oder lang einmal Richtern einfallen werde, die seitherigen Grenzen in dieser Rücksicht aus einer angeblich nach den Gesetzen zustehenden Befugniß zu überschreiten? Oder ist es nicht denkbar, daß in irgend einem Staate, wo gemeines Recht gilt, irgend ein neues Partikulargesetz erlassen werde, ohne nähere Bestimmung der Strafe, unter übrigens so bedenklichen Umständen, daß es nach den hierbei unbezweifelt zur Anwendung kommenden Grundsätzen des gemeinen Rechts von Richtern für nothwendig gehalten werden könnte, bis zur äußersten Grenze gemeinrechtlicher Befugniß der Ausmessung arbiträrer Strafen zu gehen?..... Sollte endlich unsre Abhandlung in dieser Hinsicht wirklich von keiner praktischen Brauchbarkeit seyn, so hoffen wir doch darin noch viele andere Punkte erörtert zu haben, über die ein Praktiker mitunter Aufschluß und Belehrung wünschen könnte.

XXI.

Beurtheilung der neuesten criminalistischen Schriften.

1) Pisa 1832. Teoria delle leggi della sicurezza sociale di G. Carmignani. Vol. I—IV.

Carmignani (Professor in Pisa) gehört zu den ausgezeichneten Gelehrten Italiens und ist unfehlbar der erste Criminalist dieses Landes. Er ist eben so gründlich philosophisch als historisch gebildet, mit den Quellen des Alterthums vertraut; eine strenge logische Bildung giebt seinen Werken eine feste systematische Richtung. Seine Kenntniß der Literatur des Auslandes erstreckt sich auf alle Werke, die in Frankreich und England erschienen sind. Von den deutschen Werken über Criminalrecht kennt er diejenigen, welche in lateinischer Sprache geschrieben sind; der Verf. ist ein Feind aller Unklarheit und mystischen Ideen; er ist gewohnt alle seine Grundsätze in das kleinste Detail durchzuführen. Von den Arbeiten seiner Vorgänger, Beccaria, Filangieri ꝛc., spricht er mit Achtung, er folgt aber nicht unbedingt ihren Ansichten; daher er auch insbesondere im vierten Bande über das Verfahren gegen die Declamationen, wodurch seine Vorgänger oft den Anklageprozeß angreifen, sich erklärt. Er vertheidigt das System der gesetzlichen Beweistheorie, und spricht sich gegen das Geschwornengericht aus. Leopolds von Toskana Gesetzgebung wird vom Verf. überall angeführt und näher entwickelt. Unsere

Leser werden sich aus dem von uns mitzutheilenden Plane des Werkes überzeugen, daß noch wenige Werke über Criminalrecht so tief eingegangen sind. Da die italiänischen Schriften in Deutschland gewöhnlich nur sehr spät bekannt werden, so wird es unsern Lesern angenehm seyn, wenn wir ihnen den Inhalt des vorliegenden Werkes genauer darstellen. Der erste Band Buch I. handelt von dem Ursprung und dem System der menschlichen Erkenntnisse, die sich auf die Gesetze der gesellschaftlichen Sicherheit beziehen. Hier wird von den Gesetzen der Natur (Kap. II.), von den Gesetzen des menschlichen Geistes (III.), von den Gesetzen, die aus der speculativen und der praktischen Forschung sich ergeben (IV. V.), und von den wechselseitigen Beziehungen der moralischen und der politischen Gesetze gesprochen. Der Vf. handelt dann von der Moral und dem Rechte (Kap. VII.) und dem Wesen der Gerechtigkeit (VIII.), von den Gesetzen der gesellschaftlichen Sicherheit (X.) und von der Wissenschaft dieser Gesetze (XI.), von den Wissenschaften, die darauf Einfluß haben (XII.) und den Hülfswissenschaften der Criminalgesetzgebung (XIV.), dabei insbesondere von den Gränzen des bürgerlichen und peinlichen Rechts, von der Geschichte der Criminalgesetzgebung, und der Politik. Ein Kapitel (XV.) behandelt die Hülfswissenschaften der Criminaljurisprudenz. — In Band II. Buch II. spricht der Verf. von der Verletzung der gesellschaftlichen Sicherheit und hier von der rationellen und politischen Natur dieser Verletzung (Kap. I — III.), von den Kräften, aus denen die Verletzung zusammengesetzt ist (IV.), von dem Criterium für den Maaßstab der Verletzung (V.), von der Classification der Verbr. (VI.), von der Verletzung nach dem Grade der Kräfte aus denen sie besteht (VII.), insbesondere von dem Grade der moralischen Kraft derselben; hier wird nun einzeln gehandelt vom Einfluß des Alters, Geschlechts, organischen Krankheiten, von den moralischen Ursachen die auf das Erkenntnißvermögen einwirken und die Verletzung ausschließen oder vermindern, so wie von den Ursachen die auf den Willen und die Freiheit Einfluß haben (von dem physischen Zwang, von der Gewalt der Leidenschaften, von der Trunkenheit).

Bei der Entwickelung des Grades der Verletzung nach den physischen Kräften, die darin wirken, handelt der Verf. von dem Versuche (Kap. XIII — XVI.), von der Complicität nach allen ihren Richtungen (mandat, Rath, Complott, negativer Theilnahme). Der IIIte Band enthält die Lehre von der Vertheidigung der gesellschaftlichen Sicherheit; und hier spricht der Verf. über die wissenschaftlichen Systeme, über Ursprung und Grund des Strafrechts (Kap. II. u. III.), über die rationellen und politischen Gründe der Vertheidigung und das Verhältniß der präventiven und repressiven Vertheidigung, und zwar bei der repressiven über den politischen Charakter der Kräfte der Vertheidigung, die in der Strafe liegen. Der Verf. prüft dann alle einzelnen Strafarten; er handelt weitläufig von der Todesstrafe (Vol. III. p. 141 — 178), von den Freiheitsstrafen, Deportation, bürgerlichem Tod, Ehrenstrafen und Geldstrafen, und geht dann zur Prüfung der Ursachen über, welche das Verhältniß von Verletzung und Strafe verändern, wo er von den besondern Nebenumständen, dem gerichtlichen Verfahren, dem Ablauf der Zeit zwischen Verbrechen und Bestrafung spricht. — Bei der präventiven Vertheidigung wird nun das Wesen der Polizei, die Natur der Polizeiübertretung, das Verhältniß der Polizei der öffentlichen Wohlfahrt zur Polizei der öffentlichen Sicherheit, die verschiedene Richtung der Thätigkeit der Polizei erörtert. — Der IVte Band ist der Entwickelung der Beurtheilung der Verletzung gewidmet. Hier spricht der Verf. vom Charakter der Gesetze über Strafverfahren, vom Verhältniß des Strafprozesses zum öffentlichen Rechte des Staats, von den verschiedenen Formen des Verfahrens, von dem Verhältniß der That und den Rechtsfragen bei der Urtheilsfällung, von den Beweisen und der Aufstellung gesetzlicher Regeln darüber, wo nun der Verf. die einzelnen Arten der Beweise, Geständniß, Zeugniß, Urkundenbeweis, Zeugenbeweis behandelt. Eine besondere Erörterung ist dem Einfluß der verschiedenen Formen des Verfahrens auf die Beweislehre und dem Verhältniß des Inquisitionsprozesses zu dem Anklageverfahren gewidmet. Der Verf. handelt hier von den Fehlern des In-

quiſitionsverfahrens, von den Verbeſſerungen, welche man in der Geſetzgebung von Toskana verſuchte, von den gemiſchten Prozeßarten, und ſchließt mit der Vergleichung der geheimſchriftlichen Prozedurform, des auf Oeffentlichkeit gebauten Verfahrens, und mit Betrachtungen über die Verhandlungsweiſe bei Polizeiübertretungen. Die Angabe der Hauptanſichten des Verf. (diesmal nur derjenigen, die in den erſten zwei Bänden vorkommen) dürfte den Leſern des Archivs willkommen ſeyn. Der Verf. ſchildert zuerſt (Th. I. p. 18), indem er von den Reformationsverſuchen des Criminalrechts ſpricht, zwei Hauptſyſteme, von welchen er das Eine conſcienciöſa nennt, in ſo fern daſſelbe alles nur auf gewiſſe Eindrücke des Bewußtſeyns baut, daher auch mehr den Volksgerichten huldigt, während das Andere (ſcientifica) alles auf Grundſätze der Wiſſenſchaft zu bauen ſucht; bemerkt jedoch (p. 20), daß auch das erſte Syſtem ein wiſſenſchaftliches Gewand annimmt, in ſo fern er das Princip des Bewußtſeyns das moraliſche Princip (im Gegenſatze des politiſchen Princips) nennt. Er tadelt die gewöhnlichen Benennungen und bedient ſich überall in dem Werke ſtatt des Ausdrucks: delict — des Worts: offeſa (Verletzung) und ſtatt des Worts: Strafe, des Ausdrucks: difeſa della ſocietà (Vertheidigungsmittel der Geſellſchaft). Er fordert (p. 27), daß die Wiſſenſchaft der geſellſchaftlichen Sicherheit auf Principien zurückgeführt werde, die eine Erforſchung der Kräfte der Natur und des menſchlichen Geiſtes verlangen. Bei der Aufſuchung der Geſetze der Natur (p. 37) ſcheint es dem Verf. nothwendig, zu prüfen, ob dieſe Geſetze ihren Urſprung in gewiſſen Urideen des menſchlichen Geiſtes oder nur in der fühlenden Natur der Weſen haben. Der Verf. betrachtet die in der Schöpfung auftretenden Weſen geleitet durch gewiſſe Bewegungen, von welche einige nothwendige, andere freiwillige ſind (p. 38). Die Vernunft erſcheint ihm wohl als die Leiterin der fühlenden Natur, aber nicht die einzige; die Bewegungen der fühlenden Natur gehen denen der vernünftigen voraus. Alle Bewegungen zielen nun ab (p. 39) auf Wohlfahrt, die den Menſchen einander nähert, und auf Sicherheit, die ein

gewisses Abstoßen der Menschen erzeugt. — Eine unwürdige und grundlose Vorstellung ist es, wenn man glaubt, daß nur die Gewalt und die Furcht die Menschen zusammenhalten (p. 41); ein edleres Gefühl, das Gesetz der Geselligkeit, freilich früher gefühlt als begriffen, ist es, das die Annäherung der Menschen bewirkt und sie bewegt Opfer zu bringen (p. 42). In der menschlichen Gesellschaft erzeugt das complicirte Verhältniß der Ungleichheit der Mittel eine Störung des Gleichgewichts von Bedürfnissen und Befriedigungsmitteln und veranlaßt dadurch wieder Maaßregeln der Ordnung (p. 45). Der menschliche Geist findet in der Berechnung der höheren Ordnungsverhältnisse, in dem Rechte als einer moralischen Kraft, den Regulator der Ordnung und eines gehörigen Verhältnisses der Kräfte (p. 48). Die Gesetze der menschlichen Gesellschaft (p. 53), wenn sie eines vollständigen Idealismus fähig sind, haben doch ihren Ursprung in versuchsweisen Daten; der menschliche Geist muß dann allmählig als Recht das aufstellen, was die Kräfte der fühlenden Natur schon versuchten; er muß die gesellschaftlichen Kräfte zum Schutze des Rechts gegen List und Gewalt benutzen (p. 54). Je nachdem nun der Geist die Verhältnisse entweder unabhängig von den Bedürfnissen und Thatsachen betrachtet, oder in ihrer Abhängigkeit erwägt, entstehen entweder Gesetze als Produkte der Speculation, oder der Praxis. Die Speculation kommt leicht dazu, sich eine leitende Kraft, die der Schöpfung gleichsam vorhergeht oder mit ihr gleichzeitig ist, zuzuschreiben, und gelangt so zu der Vorstellung einer absoluten Gerechtigkeit, nach deren Maaßstab sie Alles beurtheilt (p. 58). Die praktische Beurtheilung kommt dagegen in ihrer Berechnung der Thatsachen und der gegebenen Verhältnisse zu Gesetzen, die politische heißen können (p. 70), welche ihre Natur von der politischen Gesellschaft entlehnen. Nach einer interessanten, mit genauer Kenntniß der alten und neuen Literatur gegebenen Darstellung der Naturrechtsansichten (p. 71), wo der Verf. (p. 75) den Naturzustand für eine Chimäre erklärt und gegen die Anwendung sogenannter außergesellschaftlicher Verhältnisse der Menschen auf den ge-

ſellſchaftlichen Zuſtand ſich ausſpricht, erkennt der Verf. daß das Naturrecht allerdings einige Rechte gewährt, allein über das Detail und über Art und Umfang der Mittel des Schutzes ſagt das Naturrecht, das der Verf. (p. 80) ein Princip der univerſellen Gerechtigkeit nennt) nichts, ſo wie es auch dieſem Rechte an gewiſſen nothwendigen Grundlagen z. B. über eine zur Anwendung der Schutzmittel competente Gewalt fehlt, und wo nun erſt die politiſchen Geſetze zu Hülfe kommen müſſen. In den Operationen der vernünftigen Thätigkeit des Staats müſſen (p. 82) die Gegenſtände der Wohlfahrt und die der Sicherheit getrennt werden. In Bezug auf die erſten entſcheidet das Princip der Nothwendigkeit (nach welchem alſo nichts gerechtfertigt wird, als was nothwendig iſt und wo das Naturrecht gewiſſe Gränzen zieht, über welche das Wirken des Staats nicht hinausgehen darf); in Bezug auf den zweiten entſcheidet das Princip des Nutzens. — Die politiſche Nothwendigkeit (p. 87), in deren Gränzen die natürlichen Rechte des Menſchen allein beſchränkt werden dürfen, muß berechnet werden nach den allgemeinen und gleichförmigen Bedürfniſſen der politiſchen Vereinigung und mit weiſer Abwägung der Natur des Menſchen, der bürgerlichen Geſellſchaft und ihrer Geſchichte. Weder die Moral noch das Naturrecht giebt die zu dieſer Berechnung nothwendigen Daten. — Die Naturrechtstheorieen dienen nur, um die äußerſten Gränzen der Wirkſamkeit der politiſchen Geſetze zu bezeichnen (p. 93). Geiſtreiche Anſichten des Verf. über das Verhältniß des Naturrechts und der Politik enthält p. 95 und p. 97 u. f. über Verhältniß der Moral und des Rechts. In der Gerechtigkeit liegt die Idee (p. 117) eines Actes, mit welchem das Recht, aus dem Zuſtande des abſtracten Princips herausgenommen, entweder im moraliſchen Charakter einer menſchlichen Handlung oder in einem vom competenten Gerichte ausgeſprochenen Urtheile fixirt wird. Die Gerechtigkeit iſt immer nur Eine und dieſelbe, aber die Geſetze ſind verſchieden (p. 127). Die Entwickelung der verſchiedenen Naturrechtsſyſteme (p. 128 — 150) verdient vorzügliche Beachtung. Die Aeußerungen

des Strebens der fühlenden Natur erzeugen die gesellschaftliche Wohlfahrt, und die Berechnungen des menschlichen Geistes bringen die gesellschaftliche Sicherheit hervor (p. 151). Das Gesetz, indem es den menschlichen Aeußerungen des Strebens nach Wohlfahrt die Grenze vorzeichnet, kann sie nur so weit bestimmen, als es das Bedürfniß fordert, und die Nothwendigkeit liefert hier das Criterium; die Gesetze der Religion und Moral schreiben noch engere Gränzen vor, aber ihr Einfluß ist mehr leitend als verbietend (p. 154). Die gesellschaftliche Verbindung der Menschen hängt von zwei Bedingungen ab (p. 159), nämlich daß das Streben nach Wohlfahrt so geschützt werde, daß von der Ordnung, die darin herrscht, die Sicherheit Aller abhange, und daß, wenn Unordnung geschieht und Gewalt dem menschlichen Willen zugefügt werden muß, die hiezu vom Gesetze angewendeten Mittel solche seyen, die den Zweck mit dem geringsten Grad der Aufopferung der menschlichen Sensibilität erreichen. Die Gesetze, die das Streben nach Wohlfahrt begünstigen, sind die Polizeigesetze; die die Formeln der Sicherheit begründenden heißen Strafgesetze (p. 160). Alles was die Gesetzgebung mehr thut, als nothwendig ist, ist Unrecht; den Bürgern muß das Gefühl der Sicherheit verschafft (p. 162) und bürgerliche und politische Freiheit (Verhältniß beider ist trefflich p. 164 geschildert) begründet werden. — Es ist ein unglücklicher Gedanke, daß die Strafe und der Schrecken derselben das sicherste Band der Gesellschaft sey (p. 166). Die Wissenschaft des Criminalrechts geht 1) auf Prävention, 2) auf Strafe. Alles kommt auf ein weises Verhältniß der Präventiv- und der Repressivmittel an (p. 172). Bei der Berechnung der Furcht vor Strafe muß der Gesetzgeber erwägen (p. 173), daß sie nie wahrhaft sichert, daß die Wirkung, welche das Gesetz von der Strafe zu erwarten hat, moralischer Natur seyn muß, und daß die Furcht vor Strafe bei dem zum Verbrechen Entschlossenen durch die Hoffnung der Straflosigkeit und durch die gegenwärtige Begierde überwogen wird. Die Erörterungen p. 176 — 200 beziehen sich auf den Zusammenhang der Criminalgesetzgebung mit den übri-

gen Anstalten des Staats und der Criminalrechtswissenschaft mit andern Wissenschaften. Der Verf. verweilt besonders (p. 203—229) bei dem Unterschiede des Criminalrechts und des Civilrechts. Der Verf. weist dem Strafrechte alle Handlungen zu, welche die materiellen Gegenstände des öffentlichen Rechts des Staats, oder zwar nur die Interessen einzelner Bürger jedoch so angreifen, daß die durch das Vergehen hervorgebrachten unmittelbaren Wirkungen nicht durch Geld ausgeglichen werden können, wogegen überall das Civilrecht da wirkt, wo Vermögensrechte in Frage sind und der Schaden darauf sich erstrecke; der Verf. fühlt aber, daß bei Diebstahl, Unterschlagung und Betrug große Schwierigkeiten für den Gesetzgeber entstehen. Indem der Verf. sehr scharfsinnig diese Handlungen mit Prüfung der Ansichten der Römer zergliedert, kommt er p. 224 zu dem Criterium, da, wo der Schaden an sich durch Geld ausgeglichen werden kann, die Wirksamkeit der Criminalgesetzgebung eintreten zu lassen; wo die menschliche Klugheit für sich nicht hinreicht, diesen Schaden zu vermeiden oder zu hindern, während doch die öffentliche Sicherheit mehr ein Interesse hat, ihn zu entfernen, als blos den gestifteten Schaden auszugleichen, z. B. bei gewissen Unterschlagungen, gewissen Arten des Betrugs. Ueberall kommen hier feine Untersuchungen, z. B. p. 227 über Ansichten über Ehre, p. 230 über die Frage, ob man auf Anklage warten oder ex officio inquiriren soll. — Beweise eines gründlichen Quellenstudiums und Kenntniß der Literatur enthalten die Entwickelungen über Geschichte der Criminalgesetzgebung (p. 232 u. f.), über die verschiedenen Methoden des Strafprozesses p. 238, über die Grundfehler des röm. Criminalrechts (p. 282) und über das Verhältniß der analytischen und synthetischen Methode in der Behandlung des Criminalrechts, und den Einfluß der Art der menschlichen Erkenntnisse auf die Strafgesetze (p. 329). — Der zweite Band prüft die verschiedenen Definitionen des Ausdrucks: deliot, tadelt insbesondere (p. 8) die Definition Rossi's, welcher deliot die Verletzung einer exigiblen Pflicht nennt, zeigt, wie die Rücksicht des Bruchs einer Pflicht nur

die Moral, aber nicht das Recht angeht, indem es hat dem Verbrechen auf äußere Acte ankommt, welche gewaltthätige Aeußerung einer Kraft zum Umsturz des die Sicherheit beschützenden Gesetzes enthalten. Die Definition, welche in dem delict eine Rechtsverletzung erkennt, scheint p. 11 tadelnswerth, weil man dadurch von dem wahren Merkmal: Verletzung des Gesetzes, sich entfernt und nur dadurch das Daseyn einer Civilverletzung erklärt; eben so tadelt er p. 13 die Definition von Beccaria u. A., zeigt, wie das Princip des Strafrechts auf die Definition von delict einwirkt (p. 15), und daß man statt delict besser das Wort offesa (Verletzung) wählen soll. Nicht religiöse oder moralische Grundsätze, noch das Naturrecht können hinreichen, die Natur der offesa kennen zu lernen; nur der Charakter der politischen Gesellschaft führt dazu (p. 22); nie darf der bloße Nutzen, sondern nur die Nothwendigkeit, wenn eine gewisse Handlung als offesa erklärt wird, den Gesetzgeber bewegen; weder Religion noch Moral reichen mit ihrem innern Tadel zu, die Sicherheit der Gesellschaft zu begründen: das politische Recht muß bezeichnen, welche Handlungen die Gesellschaft als Vergehen betrachtet. Das Attribut, welches die menschliche Handlung unter der Herrschaft der Strafgesetze erhält, besteht nicht in dem Verlust der Freiheit, nach welcher der Mensch angeblich von Natur aus Gutes oder Böses thun kann, sondern in dem Verlust der Freiheit des Handelnden selbst, beliebig über die Rechtmäßigkeit seiner Handlungen zu urtheilen und fremdes menschliches Urtheil zu verschmähen (p. 31). Dadurch entsteht ein politischer Vortheil, daß nun in der Gesellschaft ein festes Urtheil durch das Gesetz über die Rechtmäßigkeit der Handlungen begründet wird. Dadurch entsteht die politische Imputabilität der Handlungen (p. 33). Das politische Princip, indem es auf den Beistand der Moral und Religion rechnet, erklärt, welche Handlungen als Verletzungen der Gesellschaft gelten sollen, kann aber mit Gerechtigkeit nur jene Handlung als offesa sociale erklären, welche die Existenz der Rechte zerstören, die entweder wesentlich zur menschlichen Natur oder zur bürgerlichen Gesellschaft ge-

hören; es muß daher in jeder offesa ein damnum sociale liegen (p. 42). Die Gesellschaft übernimmt es, Handlungen, die die Religion, Moral und Naturrecht zu leiten sich vornehmen, zu deren Leitung aber sie zu schwach sind, zu leiten; und das politische Princip bestimmt, ob auch solche Handlungen, die nur in ihren entfernten Beziehungen einen gesellschaftlichen Schaden erzeugen, als wahre Verletzungen erklärt werden sollen; immer aber muß, weil sonst kein sicheres Kennzeichen die schändliche Handlung von der strafbaren zu trennen existiren würde, ein Gesetz erklären, was offesa seyn soll; das bloße innere Bewußtseyn giebt kein Criterium. So definirt der Verf. die offesa (p. 61) als eine von einem mit vollkommener und unmittelbarer Absicht verübte, in äußerer That bestehende Verletzung eines die öffentliche und Privatsicherheit garantirenden Staatsgesetzes. — Der Verf. zergliedert nun die Kräfte oder Elemente, aus welchen das Vergehen besteht, nämlich physische, die überall die Spuren der Gewaltthat hinterlassen, und die moralischen, welche die Schranken der Religion und Moral überspringen und alle Abmahnungsgründe vom Verbrechen überwinden; das Gesetz muß bei Bestimmung der Strafe die eben genannten Kräfte in ihrer vollen Wirksamkeit auffassen (p. 59). Der Verf. reiht hier interessante Untersuchungen über malitia und dolus an (p. 59 — 64). Diese Kräfte, die der Gesetzgeber in der höchsten Potenz auffaßt, sind in concreto wohl der Verminderung, aber nicht der Erhöhung fähig, daher der Verf. keine Schärfung der Strafe zugiebt. — In Bezug auf das Criterium des Maaßstabes der Verletzung tadelt sehr scharfsinnig der Verf. die Ansicht derjenigen, welche die moralische innere Verdorbenheit zum Maaßstabe erheben wollen (p. 74), so wie die Ansicht Beccaria's von damnum sociale. Der Gesetzgeber muß den äußern Charakter der Handlung prüfen, indem er sie in den äußern erkennbaren Spuren beurtheilt (p. 88). Nach vielen geistreichen und praktisch richtigen Erörterungen über die Berechnung des Schadens, welchen die verschiedenen Verbrechen erzeugen, stellt der Verf. p. 98 die Sätze auf, daß die

menschlichen Handlungen in Bezug auf Strafgesetze nur in Betrachtung kommen, in so fern sie auf die Sicherheit sich beziehen, und der Schaden erwogen wird, welcher die Verletzung entweder in ihren materiellen Eigenschaften oder in den politischen Bestandtheilen der verbrecherischen Gemüthsstimmung, oder durch das böse Beispiel erzeugt; daß diese politische Bedeutung der Verletzung den alleinigen Charakter der äußern Moralität der Verletzung begründet; daß die Handlung vom Gesetze nicht nach ihrer Schändlichkeit, sondern nach ihrem Einfluß betrachtet wird; daß daher auch Beleidigungen der Gottheit, obwohl innerlich schändlich, das Gesetz nur in so fern angehen, als sie einen heftigen Eindruck auf die Gemüther der Bürger hervorbringen und so die Sicherheit verletzen. — Der Verf. zeigt, wie wichtig eine richtige Classification der Vergehen ist (p. 100), prüft die bisherigen Versuche und stellt (p. 111) zwei Hauptclassen auf: 1) Handlungen, welche die Sicherheit (wahre Verbrechen) und 2) die, welche die Wohlfahrt angreifen (Polizeiübertretungen). Unter den ersten unterscheidet er a) solche, welche die öffentliche, b) welche die Privatsicherheit angreifen (p. 113). Die verschiedenen Zweige der Staatsgewalt betrachtet er wie die in dem Körper befindlichen Organe und Glieder; die gegen den höchsten Gipfel der Staatsgewalt und auf ihre Zerstörung gerichteten Verbrechen nennt er politische (p. 116), zeigt, wie sehr der gesicherte friedliche Zustand der Bürger von der Anerkennung der einmal bestehenden Regierung abhängt; fordert (p. 122) zum politischen Verbrechen einen nach der Absicht und der Ausführung feindlich gegen die bestehende Regierung gerichteten Act, bei welchem das Gesetz die Consummation nicht zum Eintreten der vollen Strafe fordern kann (p. 123), führt aus, daß die von Mehreren eingegangene Verbindung den Zweck zu erreichen schon ein Verbrechen begründe, und erklärt sich p. 125 gegen die Ansicht, nach welcher man oft einige Schwärmer für Dolmetscher sogenannter öffentlicher Meinung halten will; der Verf. glaubt, daß man dies politische Verbrechen am besten Majestätsverbrechen nennen könne (p. 127). Er zeigt die Nachtheile der Unbestimmtheit

heit der Gesetze über diese Verbrechen (p. 126), spricht sich für die Preßfreiheit aus (p. 132), die aber deswegen kein Mittel Verbrechen zu verüben werden darf. Der Verf. lobt die josephinische Gesetzgebung, welche keine Strafen der Schmähschriften gegen die Regierung kennt (p. 133); von dem politischen Verbrechen im engern Sinn trennt er p. 134 die uneigentlichen politischen Verbrechen, welche nur die Regierung in Gefahr setzen. Hier zergliedert der Verf. die einzelnen Verbrechen, und zwar Religionsverbrechen (über das er mit Zartheit, wahrscheinlich durch Lokalverhältnisse beengt, hinwegschlüpft, jedoch wohl merken läßt, daß die Religion zu erhaben steht, als daß sie des menschlichen Arms bedürfte, um geschützt zu werden, p. 135). Verbrechen gegen Völkerrecht, gegen öffentliche Ruhe (hier vom crimen vis, p. 137), Verbrechen gegen die öffentliche Gerechtigkeit. Da der Staat auch die Vorrechte der menschlichen Natur (Leben, körperliche Integrität, Freiheit) schützen muß, und diese die Bedingungen aller Wirksamkeit sind, so können Verbrechen, die dagegen gerichtet sind, politisch bürgerliche heißen (p. 142), wobei der Schaden, den sie für alle Bürger und den Genuß der Sicherheit hervorbringen, und nicht der materielle Schaden der Einzelnen, berücksichtigt werden muß. In Bezug auf Angriffe gegen Eigenthum erklärt sich der Verf. p. 145 gegen Strafgesetze in Fällen, wo der Angriff von der Art ist, daß jeder durch Klugheit den Schaden vermeiden konnte. — Der Verf. betrachtet nun die Vergehen überhaupt nach den Graden der Stärke der Kräfte, die darin wirken, und berücksichtigt so die physischen und die moralischen Kräfte (p. 153). Er prüft nun die einzelnen Zustände der Verbrechen überall mit genauer Entwickelung der Aussprüche des römischen Rechts, der Ansichten der Praktiker und neueren Legislationen. In Bezug auf jugendliches Alter zeigt der Verf. p. 157, wie die Natur nur langsam und verschieden bei verschiedenen Individuen sich entwickelt und daher bestimmte Zeiträume, wo die Zurechnung beginnen soll, sich nicht gesetzlich angeben lassen (p. 157—61); wie unpassend die Rücksicht ist, an malitia aetatem suppleat (p. 162), daß daher ein Ge-

satz am zweckmäßigsten einen Termin setze, unter welchem ein Kind gar nicht vor Gericht gestellt werden soll; daß dann Abstufungen der Strafe nach gewissen Perioden gemacht und daß nie die volle Strafe gegen Personen unter 18 Jahren erkannt werden soll (p. 164—170). Das weibliche Geschlecht will der Verf. p. 172 in Strafsachen wie das minderjährige Alter berücksichtigen, zeigt dann p. 176, daß Taubstummheit nie die volle Strafe nach sich ziehen dürfe. Deutlich entwickelt er p. 183—194 den Einfluß der Geisteskrankheiten auf die Zurechnungen; er hält es für unmöglich, daß eine Gesetzgebung vollständig alle Arten von Geisteskrankheiten aufzähle, daß auch die Frage, die der Richter an den Arzt stellt, nicht zu eng und nicht zu weit gestellt und überhaupt mehr dem Ermessen derjenigen getraut werde, welche die nöthige Sachkenntniß haben. In Bezug auf die culpa bei Delicten zeigt der Verf. den Unterschied des Civil- und Criminalrechts (p. 204), er meint, daß die gewöhnliche Streitfrage, ob die culpa ein Willens- oder ein Verstandesfehler sey, mehr für das Moralprincip, aber nicht für das politische Princip Werth habe (p. 206); er adoptirt Feuerbach's Ansicht (p. 211), daß jede culpa als Verletzung einer gegen die Gesellschaft übernommenen Pflicht zur Aufmerksamkeit strafbar seyn soll; er meint, daß man bei der culpa dolo determinata zu viele verschiedenartige Fälle durch einander geworfen (p. 213) und irrige Anwendung des Moralprincips die Schwierigkeiten in der Beurtheilung der culpa hervorgebracht habe; daß der wahre Grund der Zurechnung der culpa in dem Verdachte liege; daß unter dem Deckmantel des Irrthums oder der Unvorsichtigkeit sich eine gefährliche böse Absicht verstecke; daß nur bei schweren Verbrechen dieser Verdacht die Anwendung der Strafe wegen culpa rechtfertige (p. 218), und daß nie die Strafe der culpa der des dolus gleich stehen dürfe. Der Verf. untersucht dann p. 230 das Wesen der menschlichen Freiheit und die Natur der Zustände, welche die Freiheit unterdrücken, spricht daher über den unmittelbaren Zwang p. 236, Einfluß der Furcht p. 237, Verhältniß der Unterwürfigkeit p. 241, Einfluß der menschlichen Leidenschaften

(wo p. 247—66 eine geiſtreiche Entwickelung über dolus und über die Beſtimmungsgründe der menſchlichen Handlungen enthalten iſt), über Einfluß des gerechten Schmerzes p. 267, über impetus p. 268, Zorn, Haß, Liebe, Eiferſucht (überall mit geiſtreichen Betrachtungen p. 269—283), über Trunkenheit p. 284, wo der Verf. den Satz vertheidigt, daß dieſer Zuſtand nach den Grundſätzen von der culpa beurtheilt werden muß. Bei der Prüfung der Verletzung nach den phyſiſchen Kräften, die darin thätig ſind, entwickelt der Verf. umſtändlich die Lehre vom Verſuch; er verlangt zum Verſuche einen äußeren Act, der wirkſam iſt, um das Verbrechen zu verüben, p. 304, und der die Sicherheit der Geſellſchaft bedroht. Da es hier auf Gefahr für Sicherheit ankommt, ſo wird es beſonders darauf ankommen, wann der Geſetzgeber das Verbrechen als conſummirt annehmen ſoll; bei manchen Verbrechen darf der Geſetzgeber gar nicht den Act der vollen Ausführung abwarten (p. 311); alles kommt auf die Idee an, welche ſich der Geſetzgeber von dem Schaden machen muß, den das Verbrechen erzeugt, p. 313 (der Verf. prüft nun, wann die einzelnen Verbrechen als vollendet erſcheinen können). Den Verſuch definirt der Verf. p. 323 als den mit böſem Vorſatz verübten Act, welcher den äußern Charakter der zur Erreichung des Zwecks der Vollendung eines beſtimmten Verbrechens tauglichen Mittel hat. Der wahre Maaßſtab für die Beurtheilung des Verſuchs liegt in der Berechnung der größeren oder geringeren Gefahr, welche die Verſuchshandlung dem Subjecte droht, gegen welches der Verſuch wirkt, oder im engeren oder ferneren Zuſammenhang der gebrauchten Mittel mit dem beabſichtigten Zweck, p. 336. Dieſer Maaßſtab kann nicht durch allgemeine Merkmale a priori beſtimmt werden, ſondern fordert die Berechnung nach den verſchiedenen Delicten, nach den Umſtänden, unter welchen das Verbrechen unternommen wird, und den angewendeten Mitteln (p. 340). Wenn der Verſuchende freiwillig von der Vollendung abſteht, ſo will der Verf. p. 346 eine geringere Strafe anwenden. Nach den Urſachen, aus welchen der Verſuch nicht gelingt, muß auch die

Zurechnung des Versuchs verschieden seyn, p. 368. — Umständlich beweist der Verf., daß sowohl nach den Principien der Gerechtigkeit, wie nach denen der Politik, die Strafe des Versuchs gelinder seyn muß, als die der Vollendung (p. 354 — 60). Bei der Complicität zeigt der Verf. wieder, wie nothwendig der Gesetzgeber sich nur an den äußeren Charakter der Acten und an den größeren und geringeren Schaden halten muß, p. 365. Der Verf. tadelt p. 371, daß man in der Lehre vom Mandat zu sehr durch moralische oder widerrechtliche Rücksichten zu einer falschen Ansicht sich verleiten ließ; er zeigt, daß in dem Mandanten an sich gewiß die moralische Kraft, die das Verbrechen ausmacht, geringer ist, als bei dem Ausführenden; daß man den Mandanten gar nicht wahrhaft als die causa moralis des ausgeführten Verbrechens betrachten (p. 375) und daher seine Strafe nicht der des Thäters gleich stellen könne; daß selbst der Mandatar weniger Gefahr verbreitet, als der, welcher ein Verbrechen versucht, daß aber unter besondern Umständen seine Strafbarkeit sich erhöhen kann (p. 380). — Auch in Bezug auf den Rath ist es irrig, den Rathgeber wie den Thäter zu strafen (p. 387), nur unter besonderen Umständen kann eine strengere Strafe gerechtfertigt werden. Der Verf. zergliedert dann das Wesen der Theilnahme an dem Acte des Verbrechens selbst (p. 391) und tadelt die Ansicht, welche den Theilnehmer nach den Ansichten, die über den Versuch gelten, beurtheilt; handelt von der Verschwörung (p. 398), tadelt die Aufstellung der Complicität durch nachfolgende Handlungen, und glaubt, daß nur im Falle der receptatio der Gesetzgeber eine besondere Strafbestimmung geben, aber die Handlung als eigenes Delict auffassen sollte (p. 403). Die sogenannte negative Beihülfe erkennt der Verf. nicht als strafbar (p. 406), und indem er dies nach der Natur der Sache darthut, erklärt er p. 408: wenn das politische Princip den unwiderstehlichen Widerstand an der Natur der Sache findet und die Gesetzgebung doch diesen überwinden will, so beweist sie dadurch nur ihre eigene Tyrannei und Unfähigkeit. — Wir versparen uns

ſer Urtheil über das vorliegende Werk, bis wir auch über die zwei letzten Bände den treuen Bericht erſtattet haben.

2) Paris 1832: Code pénal progreſſif. Commentaire par la loi modificative du Code pénal par Chaveau, avocat.

Wir haben in dem vorigen Hefte des Archivs Nr. XI unſeren Leſern eine Darſtellung der großen Verbeſſerungen gegeben, welche die franzöſiſchen Criminalgeſetzbücher durch das Geſetz vom 28. April 1832 erfahren haben; wir haben auch gezeigt, wie inconſequent und unvollſtändig oft die Verbeſſerung fortgeſchritten iſt. Jedem, der für Legislation ſich intereſſirt, müſſen nun die Art, wie das neue Geſetz zu Stande gekommen iſt, die verſchiedenen in der Discuſſion geäußerten Anſichten wichtig werden. Da ſowohl die erſtatteten Berichte als die Discuſſionen nur zerſtreut in den franzöſiſchen Zeitungen zu finden ſind, ſo war es eine verdienſtliche Arbeit, welche der Herausgeber des vorliegenden Werkes unternahm, indem er überall bei jedem Artikel des neuen Geſetzes den Text des von der Regierung vorgelegten Projects, die einſchlägigen Stellen aus dem exposé des motifs, aus den Berichten, die in den beiden Kammern erſtattet wurden, und die darüber in den Kammern Statt gefundenen Verhandlungen abdrucken ließ, ſo daß in dem vorliegenden Buche jeder bequem alle Materialien geſammelt erhält, welche zur Erklärung eines Artikels des neuen Geſetzes dienen; und der Werth der Sammlung wird erhöht, da auch der Text des früheren Code pénal und des Code d'instruction abgedruckt iſt. — Auf dieſe Art iſt freilich das Werk nur eine Compilation. Der Verf. hat aber auch bei den meiſten Artikeln gewöhnlich unter der Rubrik Observations, ſeine eigenen Anſichten beigefügt, die zwar keinen großen wiſſenſchaftlichen Werth haben, aber auf manche Lücken des neuen Geſetzes oder Schwierigkeiten in der Anwendung aufmerkſam machen, und die einzelnen Ausſprüche des Caſſationshofes über ſchwierige Punkte angeben. Der Verf. iſt (p. 86) kein großer Freund des im neuen Geſetze gewählten Syſtems, daß die Geſchworenen

über das Daseyn von Milderungsgründen befragt werden; er meint, daß man durch größere Abstufungen der einzelnen Arten von Verbrechen und durch Milderung der im Code ausgesprochenen Strafen mehr den Zweck erreicht haben würde; der Verf. zeigt p. 56, daß das neue Gesetz noch immer nicht klar und bestimmt die Controverse beseitigt hat: ob der Angeschuldigte, wenn er von der Jury als schuldig erkannt, aber von dem Gerichte, z. B. weil die Handlung nicht unter dem Strafgesetz steht, von Strafe freigesprochen wurde, die Kosten doch tragen muß? Er tadelt p. 75 die neuen Gesetzgeber, daß sie bei dem art. 2 des Code pénal nicht den Anträgen einiger Redner Gehör gegeben haben, den Versuch mit einer gelinderen Strafe, als das vollendete Verbrechen nach sich zieht, zu belegen, und tadelt insbesondere jene Redner, welche sich einbildeten, daß diese Abänderung unnöthig seyn würde, da durch das Recht der Geschwornen, das Daseyn von Milderungsgründen auszusprechen, hinreichend geholfen wäre. So beklagt er auch mit Recht p. 193, daß man das in der Pairskammer gemachte Amendement wegen der Behandlung der jugendlichen Verbrecher verworfen habe. Wenn auch die Ansichten des Verf. nicht neu oder besonders wissenschaftlich begründet sind, so sieht man ihn doch überall auf der Seite derjenigen stehen, welche die Milde der Strafgesetze mit dem Wunsch verbinden, daß das Ansehen der Gesetze und die bürgerliche Ordnung gehandhabt werde. Das Buch darf jedem, der den Zustand der französischen Criminalgesetzgebung näher kennen lernen will, empfohlen werden.

3) Carlsruhe, bei Groos: Ueber das Princip des Strafrechts. — Der Staat hat kein Recht am Leben zu strafen. Zur Begründung einer philosophischen und christlichen Strafrechtslehre, von Grohmann, Prof. in Hamburg. 1832.

Der für die Veredlung der Strafrechtswissenschaft und für den Sieg des Moralprincips unermüdlich kämpfende Verf. sucht durch neue Gründe seine oft schon aufgestellte Ansicht von der Unrechtmäßigkeit der Todesstrafe zu vertheidi-

digen. Er geht nämlich davon aus (S. 28), daß jede Abwehr, Strafe und Strafgesetzgebung an das unerläßliche Maaß der moralischen Persönlichkeit und Intelligenz gebunden ist; daß das Strafrecht in seinem ganzen Umfange und Begriffe abhängig ist vom Begriffe des Rechts; daß moralische Persönlichkeit und die physische Natur der Menschen unverletzlich ist; daß die Strafe ein innerer, selbst von der moralischen Natur auferlegter dictirter Rechtszwang ist, der nie die Urrechte des Menschen verletzen darf (S. 40); daß die juristische Gerechtigkeit nur über die äußeren Thaten der Willkühr nach dem Gesetze der moralischen Vernunft richte; nur die mechanische Gerechtigkeit (Zahn um Zahn, Haut um Haut) könne Körper- und Todesstrafen billigen. Die Todesstrafe ist ungerecht (S. 41), weil sie das Leben selbst, das vermittelnde Princip zwischen dem übersinnlichen und sinnlichen Daseyn, das Princip, durch welches sich der Mensch für das höhere Leben ausbilden soll, angreift, weil selbst der Eindruck, den die Strafvollziehung auf die Zuschauer macht, der Gerechtigkeit nachtheilig ist; daß die Gewißheit, auf welche der Staat baut, nur eine muthmaßliche, problematische ist, und daß auf eine solche schwankende Grundlage eine irreparable Strafe nicht gebaut werden könne. — Das Leben, sagt der Verf. S. 64, ist an sich eine unendliche Größe, welche bis in die Ewigkeit reicht, und kein Mensch, kein Staat hat das Recht, diese Linie abzukürzen oder abzuschneiden. Auf dem Leben des Menschen ruht der erhabene Beruf, sich für die Unsterblichkeit auszubilden. Keine Strafe darf dem Princip der Besserung zuwider seyn, und das moralische Leben ist einer unendlichen Verbesserung in und durch die Erdenwelt fähig und bedürftig. Die Todesstrafe ist unrecht in Beziehung auf die christliche Philosophie und Religion. Wie gerne stimmt man dem Verf. bei, wenn er wünscht, daß die Strafgesetzgebung gereinigt werde von den Vorurtheilen vergangener Zeiten und von jenen durch kein Gerechtigkeitsprincip, sondern durch Verkennung der menschlichen Natur, durch Rohheit und Blutdurst der Gesetzgeber und die unwürdige einseitige Rücksicht auf Abschreckung erzeugten

Strafarten. Auch Sie sind überzeugt, daß der Gesetzgeber nicht unbeschränkt ist, daß sein Wirken durch die Gerechtigkeit beschränkt und durch moralische Gesetze geleitet werde. Aber berechtigt ist er zu allen Einrichtungen, ohne welche der Zweck der bürgerlichen Gesellschaft überhaupt nicht erreicht werden könnte; die Nothwendigkeit rechtfertigt dann auch die Anwendung gewisser Strafarten. Es ist nicht zu zweifeln, daß unter Umständen die Todesstrafe völlig entbehrt werden kann, weil sie nicht mehr nothwendig ist, da andere Anstalten den Zweck, welchen diese Strafe jetzt noch zu erreichen verspricht, eben so sicher erreichen; hiezu aber gehört eine völlige Umgestaltung der Strafeinrichtungen, die nicht das Werk einer flüchtigen Organisation, vielmehr das Produkt großer Berathungen und bedeutender pecuniärer Aufmunterungen seyn muß. So lange noch die allgemeine Stimme des Volkes die Todesstrafe für die allein sichernde hält, so lange nur bei der Mehrzahl der Bürger an die Anwendung dieser Strafart das Gefühl völliger Beruhigung sich knüpft, und so lange der Staat nicht andere Anstalten, welche ihm so sichern und beruhigen, einrichten kann, würde das Experiment der Abschaffung der Todesstrafe ein gefährliches seyn. Wir ehren die Stimme derjenigen, welche die Forderungen der Menschlichkeit und Civilisation geltend machen; glauben aber, daß den wahren Bedürfnissen diejenigen mehr abhelfen, welche der Gesetzgebung praktisch ausführbare Mittel angeben, wie die Todesstrafen möglichst selten angewendet und durch zweckmäßig eingerichtete Strafarten surrogirt werden können.

Halle, gedruckt in der Gebauerschen Buchdruckerei.